

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

SURVIVANCE DE LA RAISON D'ÉTAT

THÈSE POUR LE DOCTORAT

présentée et soutenue le mercredi 8 juin 1932, à 14 heures

PAR

André GROS

Président : M. H. BERTHÉLEMY, Doyen de la Faculté de Droit

*Suffragants : { MM. MESTRE, professeur
LAFERRIÈRE, professeur*

PARIS
LIBRAIRIE DALLOZ

11, RUE SOUFFLOT, 11

1932

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT



Digitized by the Internet Archive
in 2026

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

SURVIVANCE DE LA RAISON D'ÉTAT

THÈSE POUR LE DOCTORAT

présentée et soutenue le mercredi 8 juin 1932, à 14 heures

PAR

André GROS

Président : M. H. BERTHÉLEMY, Doyen de la Faculté de Droit

*Suffragants : { MM. MESTRE, professeur
LAFERRIÈRE, professeur*

PARIS
LIBRAIRIE DALLOZ

11, RUE SOUFFLOT, 11

1932

*La Faculté n'entend donner aucune approbation ni
improbation aux opinions émises dans les Thèses;
ces opinions doivent être considérées comme propres
à leurs auteurs.*



SURVIVANCE

DE LA

RAISON D'ÉTAT

Introduction

De tous temps, les philosophes et les juristes se sont intéressés au problème des relations entre l'Etat et le Droit. L'Etat est-il supérieur au Droit ou doit-il se soumettre à une règle juridique qui lui est à la fois antérieure et supérieure ?

L'Etat se manifestait autrefois sous la forme d'un pouvoir arbitraire sans limites et le fait du prince était la loi des individus. Le développement historique de la France l'a conduite de la monarchie absolue au régime démocratique. L'Etat est considéré aujourd'hui comme un organisme social dont l'activité satisfait aux besoins et intérêts des particuliers. S'il a donc une mission, c'est de poursuivre l'intérêt général. L'Etat intervient de plus en plus dans les relations des particuliers et prend une part toujours augmentée dans la vie économique du pays. C'est donc en d'innombrables hy-

pothèses que les individus se trouvent en contact avec l'Etat. On peut même dire que nous ne cessons jamais d'être en rapports avec l'Etat.

Cette participation étroite de l'Etat à la vie des individus a créé un certain régime de collaboration. Un moyen essentiel de collaboration des particuliers à l'activité des services publics a été révélé dans le contrôle juridictionnel de l'Administration.

Le contrôle juridictionnel assure le respect des intérêts particuliers de deux manières. Le recours pour excès de pouvoir permet de faire annuler par le Conseil d'Etat les actes administratifs contraires au droit. C'est le moyen pour les particuliers de surveiller l'activité régulière des services publics. Mais, d'autre part, les intéressés peuvent réclamer à l'Etat une indemnité, lorsque des actes administratifs leur ont, à tort, causé un préjudice.

Par le moyen de l'annulation et de la réparation les simples particuliers trouvent donc la possibilité de contrôler l'Etat dans la direction des services publics.

Cette participation des individus au contrôle des services publics n'a pu se développer qu'avec la conception moderne de l'Etat soumis au droit. Mais le droit français a pour caractéristique essentielle la tradition, raison même de sa stabilité. Dans l'état actuel du système juridique français, nombre de règles portent encore la trace des institutions de l'ancienne France. Le contrôle juridic-

tionnel du service public, développé par un siècle d'efforts jurisprudentiels, est marqué par la coexistence d'idées modernes et de préceptes anciens.

Il est difficile de concevoir clairement la portée de cette évolution. L'Etat d'autrefois était indépendant de tout contrôle, de toute critique de la part de ses administrés. Lorsque son action occasionnait des dommages, l'irresponsabilité de la puissance publique, principe absolu, s'opposait à ce qu'on puisse invoquer une faute de sa part. Un tribunal, le Conseil d'Etat, a, par un effort remarquablement soutenu, anéanti cette irresponsabilité et créé de toutes pièces un contrôle de l'excès de pouvoir.

Mais dans ce nouveau corps de règles juridiques les anciennes idées ont gardé une place. L'Etat n'est plus un tyran arbitraire sans doute, mais tous ses actes ne sont pas encore soumis au contrôle juridictionnel. L'Etat est soumis au Droit mais une partie de son activité est restée indépendante.

Il est des actes, dit-on, qui touchent de si près aux intérêts essentiels de l'Etat qu'on ne peut les soumettre à un contrôle juridictionnel. Cependant le principe du contrôle de l'excès de pouvoir et la responsabilité de l'Etat sont des règles générales de notre droit. Tout acte administratif contraire au droit sera annulé, toute faute de l'Administration sanctionnée par une indemnité, en réparation du préjudice causé.

A ces principes font cependant exception des

actes appelés communément « actes de gouvernement ». La théorie des actes de gouvernement, se dégageant des arrêts du Conseil d'Etat et du Tribunal des Conflits, n'est pas systématisée sous une formule unique en doctrine. On s'accorde en général pour procéder par simple énumération en affirmant « qu'il appartient à la jurisprudence du Conseil d'Etat et à celle du Tribunal des Conflits, aidées par la doctrine, de dresser la liste des actes de gouvernement » (Hauriou, *Notes d'arrêts*, t. II p. 161 ; Laferrière, t. II, p. 30).

La liste des actes de gouvernement, plus ou moins développée selon les auteurs, comprend le plus souvent :

1^o les actes du pouvoir exécutif dans ses rapports avec les Chambres (décrets de convocation, d'ajournement) ;

2^o les décrets établissant l'état de siège ;

3^o les actes par lesquels le Président de la République exerce son droit de grâce ;

4^o les faits de guerre ;

5^o les actes diplomatiques ;

6^o les décrets rendus en matière de police sanitaire.

Les auteurs ne sont pas tous d'accord sur le caractère gouvernemental de certains de ces actes, mais cette liste permettra d'étudier successivement toutes les hypothèses, même controversées, d'actes de gouvernement et d'en préciser la nature juridique. Ce n'est qu'après dépouillement des arrêts

du Conseil d'Etat et du Tribunal des Conflits qu'il sera possible de prendre parti sur une théorie que les auteurs eux-mêmes reconnaissent émaner de la jurisprudence.

Mais pour admettre que des actes du pouvoir exécutif puissent faire exception aux règles générales du contentieux administratif, il faudra prouver qu'ils sont d'une nature particulière et différent des actes administratifs. Si l'on croit à l'existence de moyens d'action semblables pour gouverner et administrer le pays, il ne subsiste qu'une justification possible des actes de gouvernement, invoquer la raison d'état.

Ces actes de nature spéciale, qui touchent aux intérêts essentiels de l'Etat, ne sont que la survivance de la raison d'état. « Le roi est juge parce qu'il est roi. » Tous les actes étaient, sous l'Ancien Régime, des actes de gouvernement. Mais l'arbitraire du prince s'expliquait par l'absolutisme royal. Dans un régime démocratique, l'arbitraire ne doit plus trouver place. C'est à délimiter l'une de ses survivances que cette étude est destinée.

En parlant d'actes de gouvernement, on laisse supposer qu'un caractère commun réunit ces actes qui touchent aux intérêts essentiels de l'Etat et ne peuvent subir de contrôle juridictionnel. Les actes de gouvernement sont-ils donc autre chose que les anciens « faits du prince » ou constituent-

ils une classe spéciale d'actes du pouvoir exécutif, telle est la question qui se pose.

L'intérêt du problème des actes de gouvernement est de préciser les limites du contrôle juridictionnel du Conseil d'Etat sur les actes administratifs et de rechercher si les anciennes théories d'arbitraire n'ont pas laissé des survivances dans notre droit, dominé cependant par le grand principe du libéralisme.

Dans quelle mesure l'Etat peut-il encore imposer des sacrifices aux particuliers sans que ceux-ci trouvent un tribunal pour juger leur recours ? Répondre à cette question c'est apporter un modeste élément à la construction du problème général des rapports entre l'Etat et les individus.

Plan de cette étude

Nous avons divisé cette étude en deux parties générales. Dans la première partie, nous examinerons le développement des actes de gouvernement en France et dans la seconde partie, les systèmes juridiques allemand, britannique et américain dans la mesure où ils présentent des institutions comparables.

La première partie débutera par un examen historique assez approfondi du problème, car, s'il y a survivance de régime ancien, il faut, de toute évidence, en étudier les premiers développements pour comprendre les principes actuels. Puis il faudra examiner successivement les actes que la jurisprudence du Conseil d'Etat réunit dans son refus de les connaître et que les auteurs ont qualifiés « actes de gouvernement ». La conclusion de cette première partie exposera les rapports que présente la théorie des actes de gouvernement avec certains principes juridiques bien établis et permettra de suggérer quelques solutions dont l'avenir fixera le sort.

La deuxième partie de droit comparé ne peut

avoir l'ambition de retracer exactement les systèmes juridiques des pays envisagés. Seuls les juristes nationaux sont compétents pour assurer l'interprétation de leur droit. Mais l'exposé rapide de certaines particularités des droits allemand et anglo-saxons permet de dégager les tendances communes à tous les systèmes, d'en rechercher les idées directrices et de faire ainsi œuvre comparative véritable. Trouver sous les institutions dissimilables l'esprit commun, tel est le but idéal du droit comparé que ces recherches trop brèves tenteront, sans prétendre l'atteindre.

La conclusion générale de cette étude reprendra l'idée qui dominera dès la première partie, des rapports étroits entre les actes de gouvernement et la théorie du pouvoir discrétionnaire.

PREMIÈRE PARTIE

Les Actes de Gouvernement en France

CHAPITRE PREMIER

Le développement historique de la théorie des actes de gouvernement

Si nous reprenons les débuts de l'histoire du Conseil d'Etat, son rôle juridictionnel est peu important jusqu'à la Restauration. Il ne date d'ailleurs que de la Constitution de l'an VIII. Si, en effet, la loi des 27 avril-25 mai 1791 prévoit le fonctionnement d'un Conseil d'Etat, cette institution n'est que le Conseil des Ministres du Roi :

Art. 15. — « Il y aura un Conseil d'Etat, composé du Roi et des ministres. »

Mais l'article 52 de la Constitution de l'an VIII décida :

« Sous la direction des consuls, un Conseil d'Etat

est chargé de rédiger les projets de lois et les règlements d'administration publique et de résoudre les difficultés qui s'élèvent en matière administrative. »

Les articles 41 et 58 précisaient les conditions de nomination des nouveaux conseillers d'Etat et l'article 75 de cette Constitution leur confiait le fameux pouvoir de décider les poursuites contre les fonctionnaires, garantie administrative qui ne disparut que le 19 septembre 1870.

Le règlement du 5 nivôse an VIII vint définir les principes du nouveau tribunal dans son article 11 :

« Le Conseil d'Etat développe le sens des lois, sur le renvoi qui lui est fait par les Consuls des questions qui leur ont été présentées. Il prononce d'après un semblable renvoi :

1^o sur les conflits qui peuvent s'élever entre l'administration et les tribunaux ;

2^o sur les affaires contentieuses dont la décision était précédemment remise aux ministres. »

Les décrets des 11 juin 1806 et 22 juillet 1806 comprennent une partie des attributions du Conseil d'Etat (cf. titre II, décret du 11 juin) et fixent sa procédure (décret du 22 juillet).

Mais ces textes ne suppriment pas les textes antérieurs sur les questions rentrant dans la compétence du Conseil d'Etat (cf. les textes conférant juridiction de façon expresse à l'autorité administrative sous le décret du 16 Fructidor an III, défendant aux tribunaux de connaître des actes d'ad-

ministration, au DUVERGIER, t. VIII, p. 255).

La Charte de 1814 ignore le Conseil d'Etat ; le rôle purement politique que l'Empereur lui avait fait jouer, utilisant uniquement son caractère de conseil consultatif pour la rédaction des lois, lui avait donné, aux yeux de l'entourage des Bourbons, le caractère d'une institution révolutionnaire et servile, de pure utilité politique. La Charte constitutionnelle n'a donc pas voulu sanctionner l'existence de ce Conseil d'Etat (1).

Cependant le Conseil fonctionnait, malgré l'insuffisance des textes où se trouvaient éparses les règles de sa compétence. Une loi du 5 février 1817 vint ajouter aux principes de l'an VIII dans un article 6 : « ... les difficultés qui concerneraient les contributions ou le domicile politique du réclamant seront définitivement jugées par le Conseil d'Etat. »

Malgré l'imprécision des textes la jurisprudence du Conseil d'Etat progresse jusqu'en 1831 (Ordonnance du 2 février 1831) d'une façon certaine mais dont la systématisation est rendue difficile par l'absence de motifs développés dans les décisions, et aussi par le secret des débats. Il est im-

1. L'esprit de défiance qui inspirait le Gouvernement de la Restauration vis-à-vis du Conseil d'Etat est également révélé par deux ordonnances royales, du 29 juin 1814 et du 19 avril 1817 qui permettaient au Roi d'évoquer devant le Conseil des ministres toutes les affaires de l'Administration « qui se lieraient à des vues d'intérêt général ».

possible comme aujourd'hui de reprendre les conclusions des commissaires du gouvernement pour y chercher les raisons juridiques qui influèrent sur le Conseil. On ne peut que reprendre les décisions en elles-mêmes et les interpréter directement, procédé beaucoup moins sûr et dont on pourrait trop facilement abuser pour solliciter de ces décisions certaines idées qui leur étaient très éloignées. Il ne faut pas oublier le seul principe peut-être qui ait pu inspirer le Conseil d'Etat de la Restauration : « éviter de s'engager dans des litiges hors de sa compétence et de voir refuser par le Roi le projet de décision qui lui est présenté. »

Sans doute le chef de l'Etat usa-t-il peu, en fait, de son pouvoir de veto, mais la seule existence de ce veto explique fort bien et provoquait en quelque sorte cette prudence du Conseil d'Etat. Ayant à délimiter un contentieux que plus d'un siècle d'efforts remarquables n'ont pas encore fixé, le Conseil d'Etat, dès l'origine, sut marquer dans ses décisions une claire préoccupation des intérêts particuliers, à côté du souci très net de laisser à l'Administration un domaine réservé dont il s'interdisait tout contrôle.

Il nous semble délicat de fonder une véritable théorie sur les quelques décisions d'incompétence du Conseil d'Etat avec renvoi à l'autorité gouvernementale. Mais nous allons énumérer ces décisions d'intérêt historique certain, parce qu'elles précisent la nature des actes pour lesquels, depuis

1820, le Conseil d'Etat se déclare incompétent.

Parmi les premiers arrêts on cite toujours l'arrêt Laffite du 1^{er} mai 1822 (MACAREL, p. 371).

La Princesse Borghèse avait cédé à la banque Laffite les arriérages de la rente que l'Empereur Napoléon lui avait accordée ; la loi du 12 janvier 1816 s'opposant à ce que les membres de la famille Bonaparte jouissent en France d'aucun droit civil et y possèdent aucun bien, titre ou pension accordés à titre gratuit, le cessionnaire de la créance d'arriérages pouvait-il se voir opposer la même fin de non-recevoir ? Le Conseil d'Etat décida que la réclamation se rattachait à une question politique, dont la décision appartenait exclusivement au gouvernement.

Mais d'autres arrêts anciens déclinent aussi la compétence du Conseil d'Etat lorsqu'il s'agit d'actes diplomatiques et de leurs conséquences. Arrêt Baron Fain c/ Ministre des Finances du 22 Janvier 1823 (MACAREL, p. 17), sur les effets du traité de Fontainebleau. — Corsaire La Représaille, 6 août 1823 (p. 558) interprétation des conventions diplomatiques. — Rougemont, 3 septembre 1823 (p. 675) réclamation d'indemnité par un corsaire. — 25 juillet 1827, le Consistoire protestant de Nérac c/ l'Hospice de la même ville.

Les arrêtés de concession de bâtiments à l'exercice d'un culte ne peuvent être interprétés que par le Roi en Conseil d'Etat, le Conseil de Préfecture ne saurait en connaître, car ce sont des actes de

gouvernement : déjà un arrêt du 26 mai 1824, Guillaou et consorts, p. 274 : l'interprétation n'appartient qu'au Roi en Conseil d'Etat.

De nombreuses réclamations furent présentées par les membres des familles royales pour obtenir les arrérages de leurs dotations. Membres de la famille de Napoléon, 5 décembre 1838, p. 641.

Le Conseil d'Etat évita la difficulté de ces règlements de compte en invoquant la théorie de l'acte de gouvernement :

« Considérant que les questions que présentent les requêtes ci-dessus visées se rattachent, soit à des traités et conventions diplomatiques, soit à des actes de gouvernement ayant un caractère essentiellement politique, dont l'interprétation et l'exécution ne peuvent nous être déférées par la voie contentieuse en notre Conseil d'Etat... » Rejet.

Héritiers de Napoléon Bonaparte, 22 août 1839, p. 459. — L'arrêt est plus curieux car le Conseil d'Etat rattache sa déclaration d'incompétence à ce fait que la demande d'arrérages d'une rente de Napoléon est en contradiction avec le traité de Fontainebleau. Or le gouvernement de Louis-Philippe faisait remarquer que ce traité, passé entre Napoléon et les puissances étrangères, n'engageait pas la France et n'existait même pas aux archives des Affaires Etrangères. Il n'entre donc pas dans les règles juridiques applicables, puisque non promulgué ni publié, et cependant c'est à lui que le

Conseil d'Etat fait appel, par une sorte de mystique de l'acte diplomatique, sacré et incontrôlable.

Prince Louis-Napoléon, 22 août 1844, p. 508.
Sur conflit.

« Considérant que les questions... se rattachent, soit à des traités et conventions diplomatiques, soit à des actes du gouvernement ayant un caractère essentiellement politique, dont l'interprétation et l'exécution ne peuvent être déférées aux tribunaux ; qu'à l'autorité administrative seule il appartient d'appliquer les lois de déchéance... »

Il y a donc incompétence absolue des tribunaux judiciaires pour interpréter les actes diplomatiques.

Ce qu'on a pu appeler la théorie du mobile politique nous est révélé par ces arrêts antérieurs à 1849 : « actes du gouvernement ayant un caractère essentiellement politique... actes de suprême politique... dans une pensée purement gouvernementale... » telles sont les expressions du Conseil d'Etat. L'idée du Conseil d'Etat est donc très nette, un acte inspiré par un motif politique doit échapper au contentieux administratif. L'acte se définit donc, non pas en lui-même par un critérium objectif, mais par une qualité de ses motifs ; il n'y a pas certains actes de gouvernement mais tout acte peut devenir acte de gouvernement s'il est inspiré par un motif politique. Tel est le caractère de la théorie du mobile politique.

La pensée politique du gouvernement devient

quelque chose d'intangible et elle se différencie de son action administrative. On voit trop le danger que présentait cette théorie et les auteurs anciens ont suffisamment insisté pour que nous puissions le signaler simplement (cf. LECOURTOIS, thèse et BRÉMOND, *op. cit.*).

Telles sont les idées du moment lorsqu'intervient une loi du 3 mars 1849 sur la réorganisation du Conseil d'Etat ; il faut donc la replacer dans les discussions de l'époque si l'on veut en apprécier l'esprit exact. Son article 47 est tout simplement l'expression légale de la jurisprudence du Conseil d'Etat que nous venons d'exposer : « Le Ministre de la Justice... a le droit de revendiquer devant le Tribunal des Conflits... les affaires portées devant la section du contentieux et qui n'appartiendraient pas au contentieux administratif. »

Cet article a provoqué de longues discussions entre les auteurs et nous y reviendrons à la fin de ce chapitre. Il convenait de le placer dans l'évolution historique et d'expliquer son origine par les idées dominantes de l'époque.

La preuve évidente que la loi de 1849 ne faisait que consacrer l'état d'esprit général de la jurisprudence fut que le Conseil d'Etat continua de proclamer son incompétence dans les affaires où le mobile politique se révélait. La loi de 1849 n'avait donc pas atteint la théorie en faveur.

La jurisprudence est en effet identique après 1849 : arrêts pour la famille d'Orléans (Conflits,

18 juin 1852, p. 252) ; Duc d'Aumale, 9 mai 1867 (p. 472, saisie de l'Histoire des Princes de Condé) et aussi Boulé, 5 janvier 1855 (p. 18) ; Dautreville, 10 janvier 1856 (p. 28) ; Dubois, 30 avril 1867 (p. 121).

On peut même dire que la grande loi du 24 juin 1872 n'a pas entendu apporter de modifications à l'état actuel de la jurisprudence. Le texte organique du Conseil d'Etat ignore sans doute formellement la théorie des actes de gouvernement. Mais la loi de 1872 se rapproche de la loi de 1849, son article 26 reproduit sans discussion l'article 47 que nous avons cité. En tous cas, le législateur n'a, en aucune manière, manifesté dans les travaux préparatoires le désir de voir abroger la théorie des actes de gouvernement.

Le Conseil d'Etat poursuit donc son œuvre, spécialement pour les recours touchant à la guerre de 1871 (Saccoman, 26 février 1886, p. 173 ; Roussel, 7 août 1891, p. 600) et aux rapports internationaux (Dupuy, 12 janvier 1877, p. 47 ; Thubé-Lourmand, 10 février 1893, p. 113).

Et cependant, trois ans après la loi de 1872, la théorie du mobile politique disparaissait. Faut-il donc voir dans cette loi l'indication d'un désir législatif, auquel aurait obéi le Conseil d'Etat ? Cela semble difficile, en l'absence de toute indication en ce sens dans les travaux préparatoires. Cependant, M. LECOURTOIS (*op. cit.*, p. 78) sug-

gère que M. Aucoc usa de son influence pour orienter le Conseil d'Etat vers une nouvelle théorie des actes de gouvernement. M. Aucoc aurait conçu une distinction entre les questions gouvernementales qui doivent échapper à la compétence du Conseil d'Etat, et les questions où des droits privés sont menacés dans une pensée politique et dont la protection ne devrait pas échapper aux tribunaux.

En effet, le Conseil d'Etat, peu après, ne considéra plus comme actes de gouvernement certaines mesures nettement politiques et admit l'intervention des tribunaux pour sanctionner les droits personnels des individus.

La théorie du mobile politique fut abandonnée à la suite de deux arrêts importants du Conseil d'Etat, du 19 février 1875 et du 20 mai 1887.

Le Prince Napoléon-Joseph Bonaparte avait été omis sur l'*Annuaire Militaire* de 1873 (reparaissant pour la première fois depuis la chute du régime impérial) en tête de liste des généraux de division. Sur question posée au ministre de la Guerre, celui-ci répondit par une dépêche du 17 juin 1873, affirmant que la nomination du Prince, ayant eu lieu en dehors des conditions normales d'avancement et n'étant due qu'aux règles du régime impérial aujourd'hui disparu, devenait, par ce fait seul, caduqué.

Le Conseil d'Etat, saisi du recours du Prince, allait-il admettre l'excuse de l'acte de gouverne-

ment ? Les conclusions du commissaire du gouvernement, DAVID, sont très claires sur ce point, et montrent fort bien comment le Conseil d'Etat a entendu, à cette époque, limiter l'extension de la théorie des actes de gouvernement :

« Si les actes qualifiés, dans la langue du droit, actes de gouvernement sont discrétionnaires de leur nature, la sphère à laquelle appartient cette qualification ne saurait s'étendre arbitrairement au gré des gouvernants ; elle est naturellement limitée aux objets pour lesquels la loi a jugé nécessaire de confier au gouvernement les pouvoirs généraux auxquels elle a virtuellement subordonné le droit particulier des citoyens dans l'intérêt supérieur de l'Etat.

Tels sont les pouvoirs discrétionnaires que le gouvernement tient en France, soit des lois constitutionnelles, quand elles existent, pour le règlement et l'exécution des conventions diplomatiques, soit des lois de police et spécialement de la loi sur l'état de siège pour le maintien de la paix, soit des lois d'exception, dont notre histoire contemporaine n'offre que trop d'exemples, pour sa défense contre les entreprises qu'il peut y avoir à redouter des princes appartenant aux familles ayant régné en France.

Il suit de là que, pour présenter le caractère exceptionnel qui le mette en dehors et au-dessus de tout contrôle juridictionnel, il ne suffit pas qu'un acte émané du gouvernement ou de l'un de ses repré-

sentants ait été délibéré en Conseil des ministres ou qu'il ait été dicté par un intérêt politique ; il faut encore qu'il se rattache directement à l'un des objets pour lesquels des pouvoirs généraux ont été confiés au gouvernement par la loi... »

De ces considérations sur lesquelles nous allons insister, le commissaire du gouvernement concluait au droit pour le Prince Napoléon de revendiquer son grade devant le Conseil d'Etat, mais en indiquant le moyen de rejeter sa demande. Le grade des officiers a, en effet, un caractère définitif et irrévocable, alors que la situation des princes restait soumise à la volonté de l'Empereur ; la situation faite au Prince Napoléon ne constituant pas le grade, la suppression de son nom sur l'*Annuaire* n'était plus critiquable. C'est ce que l'arrêt du Conseil d'Etat décida.

L'intérêt primordial de cette décision est qu'elle marque l'abandon de l'idée du mobile politique, il ne suffit plus d'invoquer le motif gouvernemental pour obtenir l'incompétence du Conseil d'Etat. Les conclusions du commissaire du gouvernement nous permettent de modifier la théorie en fixant les points suivants : l'acte de gouvernement ne révèle pas un pouvoir discrétionnaire général, il n'est justifié que s'il applique un des pouvoirs légaux confiés au gouvernement (exécution des traités, état de siège, lois d'exception). Voici donc, en 1875, la première borne posée à l'extension des

actes de gouvernement, on les range déjà en catégories, on les énumère pour ainsi dire, écartant par cela même toute prétention du gouvernement d'en augmenter le nombre.

Nous rapprocherons de cette décision le célèbre arrêt Marquigny du 5 novembre 1880 (p. 803) où sur la question des dissolutions de congrégations religieuses le Tribunal des Conflits rejeta la théorie des actes de gouvernement malgré les conclusions de M. l'avocat général RONJAT (p. 807) (cf. aussi 2^e espèce BOUFFIER, conclusions GOMEL, p. 815). L'idée du mobile politique a vécu.

Les arrêts du 20 mai 1887 (p. 409) se présentent extérieurement avec le même aspect : les membres de la famille d'Orléans et de la famille Murat protestent contre leur radiation des contrôles de l'armée. Mais le problème était changé par l'intervention, le 22 juin 1886, d'une loi d'exception s'appliquant aux familles ayant régné en France. Le ministre de la Guerre, en radiant les membres des familles d'Orléans et Murat des contrôles de l'armée, avait-il fait des actes de gouvernement que justifiait le caractère purement politique de la loi de 1886. M. le commissaire du gouvernement MARGUERIE, rappelant les conclusions de M. DAVID dans l'arrêt de 1875, n'admit pas qu'il y ait là acte de gouvernement :

« La pensée politique qui a déterminé un représentant de la puissance publique à accomplir un acte déterminé ne lui enlève pas nécessairement le

caractère administratif, si cet acte, par sa nature, est un acte d'administration... »

Le Conseil d'Etat admit donc les recours au fond et décida que les conditions d'incompatibilité, prononcées par la loi de 1886, justifiaient en réalité les décisions du ministre de la Guerre. Sur la fin de non-recevoir touchant aux actes de gouvernement, l'arrêt est ainsi rédigé :

« Considérant qu'il résulte du texte même des décisions attaquées qu'elles ont été prises par le ministre de la Guerre en vue d'appliquer l'article 4 de la loi du 22 juin 1886 ; qu'ainsi il a agi dans l'exercice des pouvoirs d'administration qui appartiennent aux ministres pour assurer l'exécution des lois au regard de leurs subordonnés et que ces décisions constituent des actes administratifs susceptibles d'être déferés au Conseil d'Etat... »

Notons immédiatement que la loi du 22 juin 1886, dans une série de règles précises, définissait les pouvoirs du Gouvernement à l'égard des familles ayant régné en France et l'article 3 prévoyait les sanctions judiciaires de ses décisions.

« Celui qui, en violation de l'interdiction, sera trouvé en France, en Algérie ou dans les colonies, sera puni d'un emprisonnement de deux à cinq ans... »

La question est donc depuis 1886 définitivement réglée et n'a plus qu'un intérêt historique dans la théorie des actes de gouvernement. Il faut cepen-

dant y voir la source même de ces actes et durant un demi-siècle leur existence marqua le premier stade de la théorie.

C'est même par le seul côté historique du problème que peut se dégager l'explication des actes de gouvernement. En retraçant l'évolution législative et jurisprudentielle depuis le début du *xix^e* siècle, nous avons voulu établir les fondements d'une explication. Seule en effet, l'histoire des institutions peut nous permettre de les vraiment comprendre. C'est donc à la lumière des décisions anciennes que nous allons rechercher le caractère des actes de gouvernement. Le critérium du mobile politique ayant été rejeté définitivement avant la fin du *xix^e* siècle, il nous faudra étudier ensuite le sens de la jurisprudence actuelle des actes de gouvernement.

CHAPITRE II

Les actes de gouvernement et les principes juridiques anciens

Ce que nous nous proposons de rechercher dans ce chapitre, c'est le cadre théorique du développement des actes de gouvernement. Leur naissance est en rapport avec des institutions juridiques connues, il faudra donc étudier dans quelle mesure les organisations constitutionnelles contemporaines pouvaient amener à créer une théorie des actes de gouvernement. L'intérêt de ce chapitre sera donc de marquer une place aux actes de gouvernement dans le cadre juridique des idées anciennes et de permettre d'en comprendre le sens historique avant d'en rechercher la portée dans notre droit actuel.

Nous trouvons dans le *Traité de la Responsabilité* de M. TEISSIER l'idée d'un rapport entre le développement de la justice déléguée et les actes de gouvernement (cf. § 108). Il signale le danger qu'il y avait de voir le Conseil d'Etat restreindre

la liste des actes de gouvernement et étendre celle des actes administratifs qui entraînaient la responsabilité de l'Etat. Il ajoute alors :

« Tant que la juridiction administrative suprême fut, du moins théoriquement, sous la dépendance directe du pouvoir exécutif, tant qu'elle ne rendit qu'une justice retenue, le danger que nous avons signalé n'existait pour ainsi dire pas, puisque le chef de l'Etat n'avait qu'à ne pas revêtir de sa signature les arrêts du Conseil d'Etat pour que ceux-ci fussent inexistants et demeurassent sans effet. Dans cet état du droit public, la distinction entre les actes de gouvernement et les actes administratifs n'avait, on le conçoit, qu'un intérêt assez restreint. »

Cette justification historique du développement de la théorie des actes de gouvernement depuis la loi du 3 mai 1849 qui abandonne la vieille doctrine de la justice retenue est reproduite par M. ALIBERT (*Le recours par excès de pouvoir*, p. 70).

Que faut-il penser de cette affirmation ?

Nous avons retracé l'évolution historique des pouvoirs du Conseil d'Etat et exposé que, jusqu'à la loi du 3 mars 1849, le principe de la justice retenue inspira nettement la jurisprudence du Conseil d'Etat. L'obligation pour la haute juridiction administrative de présenter ses arrêts à la signature du Roi et le droit de veto de celui-ci, le droit d'évocation en Conseil des Ministres, d'autre part (Or-

donnances de 1814 et 1817) sont les marques de ce principe de justice retenue.

Le droit d'évocation fut le premier à disparaître avec la Restauration mais les arrêts du Conseil n'avaient encore de force obligatoire qu'après signature du Roi. La loi organique du Conseil d'Etat du 19 juillet 1845 laisse survivre ce signe de la justice retenue dans son article 24-3^o : « Si l'ordonnance n'est pas conforme à l'avis du Conseil d'Etat, elle ne peut être rendue que de l'avis du Conseil des Ministres ; elle est motivée et doit être insérée au *Moniteur* et au *Bulletin des Lois*. »

Les progrès des idées libérales, l'assurance que le Conseil d'Etat n'abuserait pas des pouvoirs qu'on lui abandonnerait, la publicité de ses audiences avaient assimilé, aux yeux de tous, la juridiction administrative aux juridictions de droit commun. La loi du 3 mars 1849 vint conférer au Conseil d'Etat des attributions définitives et consacrer le principe de la justice déléguée. Le coup d'Etat du 2 décembre ayant tout remis en question, ce n'est, pratiquement, que depuis la loi du 24 mai 1872 que la justice déléguée fut définitivement admise en France. Sans doute pourrait-on objecter à cela que le Gouvernement du Second Empire ne modifia jamais les projets de décisions du Conseil d'Etat et qu'en réalité la justice déléguée date de 1849. Mais l'argument ne nous semble pas satisfaisant car le Gouvernement de Louis-Philippe n'usa jamais de son droit de veto, il

faudrait donc admettre qu'en pratique le Conseil d'Etat jugeait définitivement dès cette époque. Or le fait important n'est pas que le Roi n'ait pas usé de son droit, mais bien que ce droit existât. Sa seule présence dans les lois organiques du Conseil d'Etat était un avertissement et une menace qui ont suffi pour maintenir la juridiction administrative dans les limites d'un contrôle suffisamment prudent et respectueux de la libre activité gouvernementale. On ne peut pas dire qu'il y avait justice déléguée parce que le Roi n'est pas intervenu, car si le Conseil d'Etat n'a pas donné l'occasion d'intervenir, c'est qu'il pensait à la menace de la justice retenue.

Mais lorsque le principe de justice déléguée fut vraiment consacré légalement en 1849, que s'est-il donc passé ?

Nous avons, en étudiant l'histoire des actes de gouvernement, signalé l'article 47 de la loi de 1849. Mais cet article n'ayant provoqué aucune discussion, il est difficile d'en retrouver l'esprit par les travaux préparatoires et d'en comprendre le sens. Par contre, l'article 26 de la loi du 24 mai 1872 reprit exactement les termes de l'article 47 et provoqua d'assez vives controverses que nous pouvons utiliser. D'ailleurs, le principe de la justice retenue ne fut définitivement abandonné qu'en 1872 et la loi de 1849 n'est qu'un premier essai, rapidement arrêté par l'avènement du Second Empire, pour établir une juridiction indépendante du pouvoir exécutif.

Avant de rechercher si le principe de justice déléguée a provoqué le développement des actes de gouvernement, il faut donc préciser les termes de cet article 26 sur lesquels on s'est parfois appuyé pour affirmer l'existence légale des actes de gouvernement.

Les partisans de la théorie de l'acte de gouvernement invoquent souvent, en effet, ce texte législatif et fondent ainsi leur raisonnement : tous les actes qu'accomplit le pouvoir exécutif ne sont pas des actes administratifs, certains échappent aux tribunaux administratifs qui ne peuvent contrôler les actes de l'autorité gouvernementale dont l'appréciation n'appartient qu'aux Chambres et à la Nation. La preuve en est, poursuivent-ils (cf. LA-FERRIÈRE. — TEISSIER, *op. cit.* et LECOURTOIS, thèse, 1899), que les lois organiques du Conseil d'Etat (lois du 3 mars 1849 et du 24 mai 1872) déclarent en termes formels l'incompétence de la haute juridiction administrative vis-à-vis des actes de gouvernement :

Art. 47, loi 3 mars 1849 : « Le ministre de la Justice a le droit de revendiquer devant le Tribunal spécial des Conflits, organisé d'après l'article 89 de la Constitution, les affaires portées devant la section du contentieux et qui n'appartiendraient pas au contentieux administratif. »

Cet article devint l'article 26 de la loi du 24 mai 1872 :

« Les ministres ont le droit de revendiquer devant

le Tribunal des Conflits les affaires portées devant la section du contentieux et qui n'appartiendraient pas au contentieux administratif. Toutefois, ils ne peuvent se pourvoir devant cette juridiction qu'après que la section du contentieux a refusé de faire droit à la demande de revendication qui doit lui être préalablement communiquée. »

Il faut tout d'abord remarquer que cet article ne fut jamais appliqué. Aucun ministre ne porta jamais au Tribunal des Conflits des actes de gouvernement pour lesquels il aurait voulu éviter l'appréciation contentieuse. L'attitude extrêmement prudente, il est vrai, du Conseil d'Etat qui se garda toujours d'empiéter sur les prérogatives gouvernementales ne donnait aucune occasion d'élever ce conflit spécial. On peut voir dans l'oubli de cet article la raison du développement des actes de gouvernement. Le Conseil d'Etat préféra, en quelque sorte, se déclarer incompétent dans ces affaires délicates plutôt que de se voir enlever les recours par les ministres et se laisser désaisir par décision du Tribunal des Conflits. C'est probablement pour obéir aux suggestions de la loi de 1849 que le Conseil d'Etat montra une telle prudence. Mais à notre point de vue actuel, il nous faut interpréter les textes de 1872 et de 1849 d'après les commentaires doctrinaux, puisqu'aucune application jurisprudentielle n'en fut jamais faite.

Que veulent donc dire ces articles ? L'article 26 fut voté sans débats par l'Assemblée Nationale

mais l'article 47 qu'il reproduit, en quelque sorte exactement, avait fait l'objet de longues discussions en 1849. Le rapport était confié à VIVIEN. Le projet donnait le recours spécial de l'article 47 au commissaire général de la République qui portait ces affaires spéciales à l'assemblée générale du Conseil d'Etat. Le rapport expliquait de la façon suivante la nécessité de consacrer un domaine réservé et incontrôlable de l'Administration par ce recours : « ... recours indispensable et sans lequel la juridiction conférée à la section du contentieux eut été pleine de périls. En effet, la définition du contentieux administratif proprement dit n'est pas toujours facile... Il est des droits dont la violation ne donne pas lieu à un recours par la voie contentieuse. Dans un gouvernement représentatif, sous le principe de responsabilité, il est des circonstances où, en vue d'une grande nécessité publique, les ministres prennent des mesures qui blessent les droits privés. Ils en répondent devant le pouvoir politique. Les rendre justiciables du tribunal administratif, ce serait paralyser une action qui s'exerce en vue de l'intérêt commun et créer dans l'Etat un pouvoir nouveau et menaçant pour tous les autres. Les mesures de sûreté générale, l'application des actes diplomatiques ne rentrent pas non plus dans le contentieux administratif bien que des droits privés puissent en être atteints. C'est ce que la jurisprudence du Conseil a consacré... »

Dans la discussion qui suivit, personne ne mit

en doute la nécessité d'accorder au pouvoir exécutif un tel recours. On en confia simplement la charge au ministre de la Justice, le commissaire général de la République ayant disparu du projet. D'autre part, sur la proposition de M. ISAMBERT, l'Assemblée attribua la compétence de ces litiges spéciaux au tribunal des Conflits. M. ISAMBERT prévoyait d'ailleurs que ce recours spécial ne serait pas d'un usage courant : « ... d'ailleurs, je dois faire remarquer que ces recours pour incompétence seront fort rares ; le comité du contentieux sera, lui-même, assez éclairé pour reconnaître son incompétence... » On ne saurait mieux annoncer la prudente jurisprudence du Conseil d'Etat.

Si nous cherchons à saisir l'intention de l'Assemblée, il nous semble que l'idée directrice fut le désir d'empêcher le Conseil d'Etat, à qui on donnait un pouvoir libre de décision, d'en abuser en empiétant sur le domaine réservé à l'administration. A une période troublée, et dans des circonstances difficiles, il parut dangereux au législateur de créer un nouveau pouvoir, capable de mettre obstacle à la direction de l'administration du pays. Mais nous n'avons nulle part, dans la discussion, trouvé trace de distinction entre les actes de gouvernement et les actes discrétionnaires (actes de pure administration dans la terminologie d'alors). Dans l'esprit des membres de l'Assemblée, ce sont en réalité toutes les questions d'opportunité qui doivent échapper à l'appréciation contentieuse, ce n'est

plus seulement l'acte purement politique qui est protégé, mais aussi l'acte où se reconnaît l'exercice du pouvoir discrétionnaire. Sans aucun doute l'article 47 vise les actes de gouvernement et le rapport de VIVIEN est trop explicite à ce sujet pour qu'il soit nécessaire d'insister. Mais nous disons aussi que l'article 47 protège plus que les actes de gouvernement, il défend les actes discrétionnaires, parce qu'eux aussi, comportent une appréciation de l'opportunité, à laquelle une juridiction administrative doit rester étrangère. M. BRÉMOND écrivait même : « L'article 26 ne prouve rien au point de vue de la théorie des actes de gouvernement ; il ne les vise pas ou ne les vise qu'en tant qu'ils sont discrétionnaires et dans la mesure où ils sont discrétionnaires » (cf. BRÉMOND, Pouvoir discrétionnaire, 1913, *op. cit.*).

Puisque ce fameux article 26 est en réalité hors du débat et ne consacre pas l'existence légale des actes de gouvernement, la question demeure entière de savoir quelles sont les idées juridiques, origine de leur intrusion dans notre droit.

Si l'on peut admettre que les actes de gouvernement manifestent le principe de la justice retenue, il faut dire que le Conseil d'Etat, prévoyant que le Roi « retiendrait » les affaires engageant sa politique, a préféré se déclarer de lui-même incompétent. Car les actes de gouvernement ne sont pas

nés du jour où fut institué le principe de la justice déléguée. Depuis les débuts du contentieux nous avons pu citer des arrêts d'incompétence sur des questions d'actes du gouvernement. Mais l'explication de M. TEISSIER et de M. ALIBERT ne tient pas assez compte du fait que tous les actes du pouvoir exécutif étaient protégés par le principe de justice retenue. L'existence des actes de gouvernement à cette époque prouve donc que le Conseil d'Etat a une idée déjà très nette ; il estime, sans doute, qu'à côté du principe de justice retenue, qui peut protéger tous les actes, quels qu'ils soient, du Gouvernement, il existe un domaine réservé par nature au pouvoir exécutif et dont l'appréciation échappe totalement à la juridiction administrative.

L'idée de justice retenue expliquant les actes de gouvernement nous semble donc parfaitement logique mais avec cette restriction qu'elle ne l'explique pas entièrement jusqu'en 1872. Il faut bien reconnaître que ce principe couvre tous les actes et par conséquent que l'effort du Conseil d'Etat pour circonscrire son incompétence suit une autre pensée. En quelque sorte, la justice retenue peut bien être le cadre général, mais le Conseil d'Etat a une idée particulière.

Pour admettre qu'il se déclare incompétent pour les actes de gouvernement sans courir le risque de l'évocation, il faut qu'il ait cru à l'existence d'un motif spécial, qui, dans toutes ces

hypothèses, aurait provoqué l'évocation par le Roi.

Ce motif spécial nous paraît être simplement le mobile politique de l'acte. Tout acte révélant une pensée politique ne peut être jugé par le Conseil d'Etat. Celui-ci n'a donc qu'à déclarer son incompétence, sans risquer l'évocation par le Roi d'une affaire qu'il peut seul apprécier. Cette explication ne déplace pas, en réalité, le principe de justice retenue qui demeurera la raison évidente de l'acte de gouvernement. Mais il semble préférable de marquer dès le début l'influence de l'idée de mobile politique.

Il faut bien voir l'origine du Conseil d'Etat. On se souvient encore de l'ancien Conseil du Roi, organe dépendant du pouvoir central. Sous la Révolution, c'est toujours le pouvoir exécutif qui juge les recours contre l'Administration, que ce soient les ministres ou le Directoire. Puis ce fut l'Empereur, juge suprême en son Conseil d'Etat.

Voilà donc le cadre du développement jurisprudentiel de la juridiction administrative. Par tradition, le Conseil d'Etat se considère toujours comme un conseil du pouvoir central et il ne peut admettre comme rentrant dans sa compétence des affaires qui engagent la politique du Gouvernement. Ainsi naîtra l'idée du mobile politique, en même temps que naît le contentieux administratif. Si le Conseil d'Etat admet le contrôle des actes administratifs, c'est lorsqu'ils n'engagent pas la politique du Gou-

vernement. Chaque fois, au contraire, que l'acte révélera une pensée politique, il se déclarera incompétent.

Mais tous ces actes étant protégés par l'évocation possible devant le Roi, il faut bien admettre que c'est le mobile politique, la véritable raison d'être des actes de gouvernement. Raison d'être qui ne s'analyse pas en un principe constitutionnel aussi clair que l'explication par l'idée de justice retenue. Mais c'est peut-être bien parce qu'en réalité, il n'y a pas eu de principe clair à la base de ces actes de gouvernement. Et M. ALIBERT suggère une idée qui paraît tout expliquer : « Peut-être aussi cette théorie se confond-elle simplement avec une tradition nécessaire » (*op. cit.*, p. 71).

Lorsque des recherches sont mêlées aussi profondément à la vie et au développement des institutions et des êtres humains, il n'y a pas de fissures brusques et de principes absolus. Héritage des siècles précédents, le Conseil d'Etat s'est trouvé dans ses débuts imbu d'une série d'idées et de traditions dont il ne pouvait, ni ne devait se dégager. Il n'est pas dans la logique des choses de créer entièrement. En notre matière, le Conseil d'Etat a refusé de s'occuper d'affaires qui, autrefois, étaient d'un domaine absolument réservé. La tradition fut plus forte que tout. La raison d'état devint le mobile politique et les actes de gouvernement ne font que révéler la préoccupation perpétuelle des Gouvernements d'échapper à tout contrôle dans

l'examen de graves problèmes politiques ou d'actes de force majeure.

Lorsqu'en 1872, la justice déléguée remplaça définitivement la justice retenue, la loi, dans l'article 26 si débattu, prévoit bien un droit d'évocation pour les actes de gouvernement et les actes discrétionnaires, et ce droit semblerait un remède au principe de justice déléguée. On sait qu'il ne fut jamais employé. Ce fut donc dans la théorie de l'acte de gouvernement que se trouva la dernière protection du pouvoir exécutif.

Tant que la jurisprudence appliqua le mobile politique, elle fut logique avec elle-même et dans l'ordre de sa tradition. Mais la disparition du mobile politique condamne les actes de gouvernement. Il est bien évident qu'il n'y a pas d'actes de gouvernement par nature et les recherches infructueuses des auteurs en font foi. Il n'y a pas d'actes de gouvernement.

Ce qu'a fait le Conseil d'Etat depuis 1875, c'est donc, en réalité, continuer la théorie du mobile politique. Lorsqu'il se déclare incompetent aujourd'hui, sur de prétendus actes de gouvernement il reconnaît indirectement que le mobile politique peut transformer un acte administratif en acte de gouvernement.

« Résurrection de la raison d'Etat », dit M. le professeur JÈZE ; « Opportunisme politique », écrit

M. ALIBERT. Nous en arrivons évidemment là. Le mobile politique n'a pas disparu.

Tel est le sens historique de la théorie des actes de gouvernement. Rechercher dans la jurisprudence récente les améliorations possibles et le développement futur de cette théorie sera l'objet de la première partie de cette étude. Il faudra examiner si, parmi tous les actes considérés actuellement comme des actes de gouvernement, certains actes ne sont pas en réalité hors du contentieux administratif pour d'autres légitimes raisons et si certains autres actes ne devraient pas, au contraire, supporter le contrôle du Conseil d'Etat.

CHAPITRE III

Les rapports du pouvoir exécutif et du Parlement

Les auteurs de toutes opinions doivent admettre qu'une catégorie d'actes ont toujours échappé au contrôle juridictionnel. Même si l'on était partisan de la théorie négative des actes de gouvernement, faut-il reconnaître, en tous cas, que le Conseil d'Etat, lorsqu'il rejette les recours contre les actes dont nous parlons, a nettement l'idée d'une catégorie spéciale d'actes de gouvernement ? La question de savoir si, en théorie, il doit y avoir des actes de gouvernement, est toute différente d'ailleurs. Ce qui est invoqué par les auteurs, c'est que la jurisprudence déclare leur existence et cela avec une persistance spéciale pour les actes ayant trait aux rapports du pouvoir exécutif avec les Chambres.

Nous verrons plus loin que certains actes considérés autrefois comme actes de gouvernement (mesures de police sanitaire, faits de guerre) sont aujourd'hui soumis au contrôle du Conseil d'Etat. D'autres actes sont également menacés de perdre

leur immunité juridictionnelle. On a pu écrire que le champ d'application des actes de gouvernement allait toujours en diminuant. Mais quant aux rapports du pouvoir exécutif avec les Chambres, personne ne conteste aujourd'hui que les recours soient impossibles contre les actes qui organisent ces rapports. Si nous manquons de décisions récentes pour montrer la volonté de la jurisprudence de n'admettre aucun changement, aucun auteur ne met en doute la persistance de la théorie de l'acte de gouvernement pour interdire tout contrôle de ces actes.

Nous allons donc exposer les quelques arrêts déjà anciens où se manifestent les idées sur le contrôle des rapports du pouvoir exécutif et des Chambres. Il peut s'agir des décrets de convocation ou d'ajournement des Chambres, du décret de clôture des sessions, du décret qui dissout la Chambre des députés, du décret de convocation pour les élections à la Chambre ou au Sénat. La jurisprudence examina aussi le refus d'un ministre de présenter un projet de loi aux Chambres (arrêt *Prévost*), la réponse d'un ministre au Président de la Chambre des députés à la suite du renvoi ordonné par une Commission (arrêt *Parquet*).

Tous ces actes échappent au contrôle du Conseil d'Etat. Voici les quelques décisions sur ce sujet.

Arrêt *Prévost* du 17 février 1888 (*Rec.*, p. 148 avec les conclusions de M. le commissaire

du gouvernement, LE VAVASSEUR DE PRÉCOURT).

« Considérant que, par la décision attaquée, le ministre de l'Intérieur s'est borné à faire connaître aux requérants qui sollicitaient l'érection en commune distincte des sections de Bellevue et du Bas-Meudon, le refus du Gouvernement de donner suite à leur demande en présentant un projet de loi le Conseil d'Etat entendu...

« Considérant que les actes du pouvoir exécutif concernant ses rapports avec le Parlement ne sont pas de nature à faire l'objet d'un débat par la voie contentieuse ; que dès lors la requête doit être rejetée comme non recevable... »

Une décision identique fut rendue le 13 novembre 1896 dans l'arrêt Jacquot (Rec., p. 709). On peut chercher à saisir l'esprit de ces décisions pour les justifier par d'autres raisons que la théorie des actes de gouvernement.

La loi du 5 avril 1884 autorise les électeurs de sections de communes à provoquer une enquête administrative ; des commissions syndicales sont élues, le Conseil d'arrondissement puis le Conseil général donnent leur avis ; ces formalités de caractère purement local sont suivies d'une intervention de l'autorité supérieure qui présente un projet de loi, le Conseil d'Etat entendu (art. 4 et 5 de la loi du 5 avril 1884).

Les conclusions de M. le commissaire du gouvernement expliquent de la façon suivante le caractère de ces formalités :

« Le Parlement est appelé à faire des lois de deux natures différentes ; les unes, disposant pour l'avenir sur des questions de droit civil, de propriété, de finances... sont de véritables lois ; les autres sont des actes d'administration et de tutelle auxquels on a donné la garantie de l'intervention du pouvoir législatif ; telles sont les lois autorisant l'exécution de travaux publics par exemple. Mais de ce que le pouvoir législatif est appelé à statuer, il ne s'ensuit pas que la haute tutelle administrative ait été déplacée ; elle appartient toujours au pouvoir exécutif, qui, seul, apprécie s'il y a lieu de modifier la situation existante et qui est seulement tenu, s'il croit devoir la modifier, de recourir à la solennité de la loi. Il est de l'essence du droit d'initiative législative d'être essentiellement libre ; le gouvernement peut être tenu, vis-à-vis de la Nation, à présenter certaines lois nécessaires à la marche des services publics ; il n'a aucune obligation semblable vis-à-vis des personnes intéressées à la présentation de telle ou telle loi... »

Cette distinction, qui marque le caractère d'acte de tutelle administrative que conservent ces lois formelles, est bien établie d'ailleurs par la jurisprudence. Le Tribunal des Conflits a décidé qu'un acte approuvé par les Chambres ne devenait pas un acte des Chambres et que le contrôle juridictionnel lui restait applicable (Conflits, 5 novembre 1880 Marquigny ; Conseil d'Etat, 18 novembre 1910, Santini, Rec., p. 800). Il est bien admis que l'in-

tervention d'une loi ne change en rien le caractère de l'acte. Dans les deux arrêts Prévost et Jacquot, l'acte est donc essentiellement un acte de tutelle administrative, le ministre apprécie l'opportunité d'ériger une section de commune en commune indépendante et décide librement. Il nous semble donc inutile de viser le droit d'initiative législative du gouvernement, en disant qu'il doit rester libre de présenter ou non un projet de loi. C'est déplacer légèrement la question et voir le moyen plus que la fin. Le dépôt du projet de loi créant une commune nouvelle n'est que le moyen par le Gouvernement d'exercer la tutelle administrative. C'est là le but réel. Or nous admettons que l'appréciation de l'opportunité est entièrement discrétionnaire ; il serait possible de rejeter de tels recours en disant, non pas qu'il y a acte de gouvernement, mais appréciation discrétionnaire par le ministre et pouvoir libre de décision. Aucune loi n'oblige le ministre à se conformer aux avis locaux recueillis sur le projet de commune nouvelle ; nous sommes hors du domaine juridique, la tutelle a un caractère d'opportunité que le Conseil d'Etat n'a pas à envisager. Nous ne voyons donc pas ici une question politique gênante de rapports à apprécier entre les Chambres et le pouvoir exécutif. Il y a là un acte de tutelle, non encore approuvé par les Chambres, mais dont les simples particuliers ne peuvent exiger l'accomplissement.

Il faut donc poursuivre l'étude de la jurisprudence du Conseil d'Etat sur les questions de rapports entre les Chambres et le gouvernement. On cite toujours l'arrêt Parquet du 13 juin 1902 (Rec., p. 454).

Le sieur PARQUET réclamait le paiement de sa part de prise de barques allemandes en 1870 ; la somme avait été payée à tort à une autre personne. Sur rejet de sa réclamation par le ministre il l'adressa par voie de pétition à la Chambre des Députés ; il fut avisé que, par lettre adressée au Président de la Chambre, le ministre de la Marine faisait connaître qu'il n'était pas possible d'ordonner un nouveau mandat à son profit. Le Conseil d'Etat saisi déclara :

« Considérant que la réponse faite le 30 mars 1899 par le ministre de la Marine au Président de la Chambre des députés à la suite du renvoi ordonné par la 4^e Commission des pétitions n'est pas un acte susceptible d'être déféré au Conseil d'Etat par la voie contentieuse... »

L'erreur principale est peut-être de considérer cette formule comme caractérisant les actes de gouvernement. C'est beaucoup plus simplement une formule de rejet d'actes contre lesquels le recours contentieux n'est pas possible. Mais si tous les actes contre lesquels des recours contentieux ne sont pas recevables étaient des actes de gouvernement, il faudrait en élargir singulièrement la liste. Ainsi ne sera pas recevable le recours contre :

« la lettre par laquelle le ministre du Commerce refuse d'accueillir une demande en restitution, au profit des fondateurs d'une tontine, des sommes allouées à titre de pension aux employés de l'institution. » (Rec., 1892, p. 817).

Faudrait-il aussi considérer comme un acte de gouvernement l'arrêt du 24 juin 1870, Kieffer (Rec., p. 803) :

« La décision par laquelle le ministre de la Guerre a rejeté une demande tendant à obtenir le remboursement d'une traite délivrée au réclamant par le Gouvernement impérial mexicain sur les douanes de la Vera-Cruz et au paiement de laquelle s'est opposé le commandant en chef de l'armée française qui avait ordonné la mise sous séquestre du produit de ces douanes ne peut être déférée au Conseil d'Etat par la voie contentieuse. »

Il est clair qu'il s'agit de faits de guerre, mais le Conseil d'Etat a trouvé la raison juridique de son refus d'examiner le recours contre cet acte et il s'explique ainsi :

Le ministre de la Guerre avait annoncé au sieur Kieffer que la pétition adressée par lui à l'Empereur n'était pas susceptible d'être accueillie ;

« Considérant que la lettre adressée par le ministre de la Guerre au sieur Kieffer en réponse à la pétition que le dit sieur Kieffer nous avait présentée ne constitue pas une décision de nature à nous être déférée en notre Conseil d'Etat par la voie contentieuse... »

Et voici la raison pour laquelle tous ces actes ne sont pas susceptibles d'être déferés au Conseil d'Etat par le recours contentieux, il n'y a pas « décision », c'est-à-dire que la communication par le ministre de l'impossibilité où il se trouve de donner satisfaction à la demande du requérant ne constitue pas la décision préalable, nécessaire au recours contentieux. On sait, en effet, que les particuliers ne peuvent avoir de recours devant la juridiction administrative que s'ils invoquent une décision exécutoire de l'Administration (cf. Jean APPLETON, *Traité élémentaire du contentieux administratif*, nos 204 sqq.).

Un autre arrêt est classiquement invoqué, l'arrêt Maître, du 6 août 1912. Le recours était dirigé par un conseiller général du territoire de Belfort contre un décret fixant au 19 mai 1912 l'élection d'un sénateur du territoire et convoquant les conseils municipaux pour élection de leurs délégués le 14 avril. Les motifs du recours étaient que les conseils municipaux se renouvelant le 5 mai, le mandat qu'ils auraient conféré à leurs délégués serait nul le jour de l'élection sénatoriale ; et aussi que la population du territoire s'étant modifiée, le nombre de délégués à désigner par les nouveaux conseils ne devait pas être le même que celui des délégués élus le 14 avril.

Le Conseil d'Etat rendit l'arrêt suivant :

« Considérant que les assemblées législatives, à

qui appartient la vérification des pouvoirs de leurs membres, sont seules compétentes, à moins de texte contraire pour apprécier la légalité des actes qui constituent le préliminaire des opérations électorales ; qu'ainsi le décret pris par le Président de la République, en vertu des pouvoirs qu'il tient des articles 1^{er} et 23 de la loi du 2 août 1875 pour fixer la date d'une élection sénatoriale et le jour où doivent être choisis les délégués des conseils municipaux, ne rentre pas dans la catégorie des actes susceptibles d'être déferés au Conseil d'Etat... »

Nous avons déjà exposé que cette formule n'avait jamais voulu dire que l'acte non susceptible de recours au Conseil d'Etat était un acte de gouvernement. Elle signifie plus simplement que le Conseil se juge incompétent dans cette affaire. Quant aux motifs de cette incompétence ils sont exposés dans les considérants et évitent de recourir à la théorie de l'acte de gouvernement. Le premier motif est que les Chambres sont seules juges des élections de leurs membres. Cela prend la valeur tout au moins d'une indication, bien que M. JÈZE rappelle que les conseils de préfecture étant juges des élections municipales, c'est le Conseil d'Etat qui apprécie cependant les décisions du Conseil général sur le sectionnement électoral des communes (cf. la note 3, p. 398, t. I, *op. cit.*). Cette observation ne paraît pas mettre fin au débat. Le deuxième motif implicite dans l'arrêt

Maître est que les pouvoirs du Président, en matière de convocation des collèges électoraux, ne sont pas susceptibles d'une appréciation contentieuse. Et c'est là le point central de la question. Les articles 1^{er} et 23 de la loi constitutionnelle du 2 août 1875 s'expriment ainsi :

« Art. 1. — Un décret du Président de la République, rendu au moins six semaines à l'avance, fixe le jour où doivent avoir lieu les élections pour le Sénat et en même temps celui où doivent être choisis les délégués des conseils municipaux. Il doit y avoir un intervalle d'un mois au moins entre le choix des délégués et l'élection des sénateurs. »

« Art. 23. — Il est pourvu aux vacances survenant par suite de décès ou de démission des sénateurs, dans le délai de trois mois, toutefois, si la vacance survient dans les six mois qui précèdent le renouvellement triennal, il n'y est pourvu qu'au moment de ce renouvellement. »

Enfin l'article 10 de la loi constitutionnelle du 16 juillet 1875 décide :

« Art. 10. — Chacune des Chambres est juge de l'éligibilité de ses membres et de la régularité de leur élection... »

Voici le cadre général de l'affaire Maître ; on se demande vraiment pour quelles raisons il faut invoquer la théorie de l'acte de gouvernement pour justifier le rejet de la requête par le Conseil d'Etat. Deux solutions peuvent, en effet, être envisagées ; ou bien les conditions fixées par les articles 1^{er} et

23 de la loi constitutionnelle du 2 août 1875 sont remplies par le Président, ou bien le décret comporte une irrégularité. Si l'on adoptait l'idée de M. JÈZE on dirait que ce décret est un acte de gouvernement parce que le Conseil d'Etat refuse de l'apprécier. Mais ce refus se justifie autrement. S'il y a irrégularité, c'est une violation de la Constitution, le décret irrégulier n'est pas conforme aux règles de la Constitution. Et le Conseil d'Etat est parfaitement incompétent pour donner une sanction aux actes inconstitutionnels. Il n'est pas chargé du contrôle de constitutionnalité, l'article 10 de la loi du 16 juillet 1875 a prévu que les Chambres étaient juges des élections, c'est-à-dire, seules qualifiées pour sanctionner les atteintes à la Constitution sur les questions d'élection. S'il y a donc irrégularité, le contrôle en est par avance enlevé au Conseil d'Etat, dont la seule attitude possible est la reconnaissance de son incompétence. Et c'est bien là le sens de son indication : « ...ne rentre pas dans la catégorie des actes susceptibles d'être déférés au Conseil d'Etat par application de l'article 9 de la loi du 24 mai 1872... »

Cet article 9 constitue la définition du contentieux réservé au Conseil : « Le Conseil d'Etat statue souverainement sur les recours en matière contentieuse administrative, et sur les demandes d'annulation pour excès de pouvoir formées contre les actes des diverses autorités administratives. »

Sans doute le Président de la République est-il une autorité administrative, mais lorsqu'il convoque les électeurs, c'est une attribution constitutionnelle qu'il remplit. Le contrôle en est réservé aux Chambres et se trouve donc placé, par la Constitution même, hors de la sphère contentieuse du Conseil d'Etat.

La question ne semblait donc pas pouvoir se poser et il est inutile de dire que ce décret de convocation est un acte de gouvernement ; c'est seulement un acte du Président dans son rôle constitutionnel et dont l'appréciation est réservée aux Chambres. Il y a simple incompétence du Conseil d'Etat, et la possibilité même de recours juridictionnels contre ce décret ne peut préoccuper les esprits, puisque la Constitution a prévu un système différent, celui du contrôle des Chambres. Nous sortons ici du contentieux administratif, il s'agit du contrôle de la Constitution.

M. JÈZE (même note, *op. cit.*) cite cependant l'arrêt « dame Marguerite Durand », du 26 janvier 1912 (Rec., p. 108). Le Conseil d'Etat affirma que le Préfet de la Seine n'avait pas excédé ses pouvoirs en refusant à une femme, candidate aux élections législatives, de lui délivrer le récépissé de la déclaration de candidature prévue par la loi du 17 juillet 1889, les dispositions législatives qui régissent la Chambre des Députés étant, dans leur ensemble, inapplicables aux personnes du sexe féminin.

L'arrêt Dame Marguerite Durand se présente comme une décision destinée à permettre l'application de la loi du 17 juillet 1889, relative à l'interdiction des candidatures multiples. Son article 2 est mis en cause dans l'arrêt qui nous intéresse :

« Art. 2. — Tout citoyen qui se présente aux élections générales ou partielles doit, par une déclaration signée ou visée par lui, et dûment légalisée, faire connaître dans quelle circonscription il entend être candidat. Cette déclaration est déposée contre reçu provisoire, à la préfecture du département intéressé, le cinquième jour au plus tard avant le jour du scrutin. Il en sera délivré récépissé définitif dans les vingt-quatre heures. »

La déclaration de candidature est donc soumise à des conditions de forme d'abord (délai de 5 jours, signature légalisée...) mais aussi à des conditions de fond (qualité de citoyen). La question que pose l'arrêt du Conseil d'Etat est de savoir si le préfet peut apprécier l'ensemble de ces conditions et vérifier à chaque déclaration de candidature si elles ont été remplies.

Le danger de cette appréciation avait déjà été marqué par la discussion de l'article 2 de la loi du 17 juillet 1889. M. BUFFET, sénateur, s'exprima dans les termes suivants :

« C'est le préfet qui doit recevoir la déclaration ; mais le préfet sera-t-il juge de la validité de cette déclaration ? Pourra-t-il refuser de recevoir la dé-

claration d'un candidat qu'il estimerait inéligible ? Si l'on admettait ce système, ce serait transporter aux préfets un pouvoir souverain qui, seul, appartient à la Chambre ; que si le préfet avait le pouvoir de refuser la déclaration il statuerait réellement en dernier ressort en rendant la candidature impossible. »

Le rapporteur répondit à cette question que, si le préfet refusait à tort de recevoir la déclaration, la validité de l'élection serait alors contestée devant la Chambre qui invaliderait.

Le Garde des Sceaux, enfin, M. THÉVENET, déclara que la loi n'avait nullement pour but d'enlever à la Chambre son droit absolu à la vérification des pouvoirs. Cependant, M. BUFFET insista en demandant si le préfet pouvait, oui ou non, avant l'expiration des délais légaux, se rendre juge de l'éligibilité d'un candidat et refuser sa déclaration parce qu'il le tiendrait pour inéligible. M. le Garde des Sceaux le rassura en déclarant que le projet ne bouleversait en rien le droit public qui restait entier, que le préfet n'était pas juge des déclarations, et qu'à la Chambre seule appartenait toujours le droit de vérifier l'élection de ses membres (Cf. DUVERGIER, 1889).

Telles sont les déclarations de principe sur la question. Il semblerait en résulter pour la Chambre un droit absolu et unique à vérifier les élections de ses membres sur lequel, en aucun cas, le préfet ne doit empiéter.

C'est le parti que soutiennent ESMEIN (8^e édit., t. II, p. 392) et DUGUIT (t. II, p. 249) :

« A la Chambre seule, il appartient de statuer sur l'éligibilité et d'annuler l'élection d'un inéligible. C'est une règle qui a été constamment suivie. Si l'on reconnaissait au préfet le pouvoir d'apprécier l'éligibilité d'un candidat et de refuser une déclaration de candidature sous prétexte qu'elle est faite par un candidat inéligible, on permettrait au préfet d'empiéter sur les pouvoirs donnés à la Chambre par l'article 10 de la loi constitutionnelle du 16 juillet 1875 ; chacune des Chambres est juge de l'éligibilité de ses membres et de la régularité de leur élection. »

Il ne nous semble pas que l'arrêt Dame Marguerite DURAND ait empiété sur le pouvoir constitutionnel qu'ont les Chambres de vérifier elles-mêmes la régularité des élections.

Le meilleur argument que nous puissions apporter est la réplique du rapporteur devant le Sénat à M. le sénateur BUFFET : « ... si le préfet refuse à tort de recevoir la déclaration, la validité de l'élection serait alors contestée devant la Chambre qui invaliderait. »

Lorsque le préfet a refusé la candidature de M^{me} Marguerite DURAND, il ne lui a pas, par cela même, interdit de recourir à la Chambre des députés pour faire annuler l'élection du candidat élu dans la circonscription où elle se présentait. C'est

bien la Chambre qui décidera alors de la validité de l'élection.

Sur la question des principes constitutionnels, nous croyons donc qu'il n'y a aucune atteinte au droit des Chambres. Le véritable contrôle de la validité des élections leur reste. Le préfet est chargé d'un contrôle qui ne porte que sur les conditions légales des déclarations de candidature. Il ne serait pas logique, en effet, d'avoir établi ces déclarations et de ne laisser aux préfets que la charge purement matérielle de les enregistrer, émaneraient-elles de personnes notoirement inéligibles.

ESMEIN reconnaît d'ailleurs (p. 666, note 1).

« Qu'il est certains cas où le préfet doit refuser d'accepter la déclaration : c'est, par exemple, quand elle est faite par un contumax, parce qu'il résulte de l'article 465 du Code d'Instruction criminelle que celui qui est en état de contumace ne peut exercer aucune action en justice, à plus forte raison aucun droit politique. De même, si la déclaration émane d'un mineur de vingt-et-un ans, qui, en principe, ne peut faire par lui-même aucun acte juridique... »

Le cas de l'inéligibilité des femmes ne présentait pas de difficultés spéciales. La législation française n'a pas encore accordé aux femmes l'électorat ni l'éligibilité politiques. C'est là un fait brutal et que son caractère extérieur permet d'apprécier. Les déclarations de candidatures féminines sont im-

possibles autant et sinon plus que celles des contumax.

Les caractères des actes par lesquels le Président de la République entre en rapport avec le Parlement ne sont pas changés parce qu'ils sont exercés sur les indications de la Constitution. Toutes les prérogatives du Président de la République étant à l'origine constitutionnelles, on verrait difficilement quelle différence de nature peut exister entre un décret de convocation des électeurs et un décret de dissolution de conseil municipal. Ce dernier acte ayant, de l'avis de tous, le caractère d'acte administratif soumis au contrôle du Conseil d'Etat, le décret de convocation des électeurs pour élire un conseiller général est bien également un acte administratif, exposé à des recours contentieux. Nous ne voyons pas davantage d'obstacle théorique à reconnaître aux décrets de convocation, de clôture, d'ajournement ou de dissolution de la Chambre des Députés le caractère d'acte administratif. Ces mêmes décrets s'appliquant aux conseils généraux sont reconnus comme étant des actes administratifs ; la Chambre des députés ne possède en elle-même aucune immunité de principe, ce n'est pas parce que les décrets de convocation, de clôture ou d'ajournement s'appliquent à la Chambre que leur caractère en est modifié. Théoriquement, l'acte en lui-même reste un acte administratif.

Nous ne repoussons pas cependant l'idée que le

Conseil d'Etat ne se soit déclaré incompétent par une sorte de réserve envers la Chambre des députés. Il y a dans de nombreuses décisions du Conseil d'Etat une prudence instinctive à ne pas intervenir dans les questions où sa compétence, n'étant pas évidente, peut donner lieu à de délicates discussions. Mais ceci ne serait qu'hypothèse pratique.

Si nous voulons étudier juridiquement l'incompétence du Conseil d'Etat, deux attitudes sont possibles : la critique complète de l'incompétence ; une explication fondée sur le caractère formel des décrets en question.

I. On pourrait affirmer, tout d'abord, qu'aucune raison valable ne s'oppose à la compétence théorique du Conseil d'Etat. Les auteurs reconnaissent le caractère administratif des décrets du Président de la République dans ses rapports avec le Parlement. La compétence du Conseil d'Etat n'est donc pas plus extraordinaire en cette hypothèse que lorsqu'il contrôle la nomination d'un fonctionnaire ou mieux encore la dissolution d'un Conseil général. On ne voit théoriquement aucune raison pour ne pas admettre la compétence de la juridiction administrative sur les actes administratifs de quelque ordre qu'ils soient, du Président de la République.

II. Bien que ces propositions présentent l'avantage d'une extrême logique, et en dehors de toutes considérations d'intérêt pratique, nous croyons pré-

féralable d'approuver la solution du Conseil d'Etat.

Une première justification est fournie par la distinction de M. DUGUIT entre l'organe politique et l'organe administratif (t. III) : « Le Gouvernement, personnifié par le chef de l'Etat, en France par le Président de la République, a dans tous les pays parlementaires un double caractère. Tantôt il agit comme organe politique, tantôt comme organe administratif... C'est du point de vue formel qu'il faudra déterminer les cas où le Gouvernement agit comme organe politique ou comme organe administratif. Les actes politiques... ce sont ceux que fait le Gouvernement en tant qu'organe politique. Si le recours est impossible, c'est uniquement parce que la législation française n'admet pas de recours contre les actes émanés des organes politiques... Les nombreux actes par lesquels le Président de la République, personnifiant le Gouvernement, exerce les pouvoirs que lui attribue la Constitution, en ce qui concerne ses rapports avec le Parlement, sont des actes politiques parce qu'il n'est pas douteux qu'en les faisant, il agit comme organe politique et non pas comme autorité administrative... »

On remarquera tout d'abord combien faible est le critérium posé par M. DUGUIT à l'action politique, par opposition à l'action administrative du Président de la République. La distinction est claire mais elle ne s'appuie pas, semble-t-il, sur des preuves évidentes.

Pour M. DUGUIT, il y aurait tout intérêt à développer l'idée de l'acte politique. L'acte politique n'est pas un acte de gouvernement. L'acte administratif émanant d'un organe politique ne supporte pas de recours parce que la notion de souveraineté ne permet pas de les concevoir. Au contraire, l'acte de gouvernement est un acte administratif, émanant d'un organe administratif et contre lequel tous les principes accorderaient des recours contentieux, si les motifs de raison d'Etat invoqués par le Gouvernement n'y mettaient obstacle. L'intérêt de cette distinction est de justifier en quelque sorte la théorie de l'organe politique, en rejetant le blâme sur la théorie de l'acte de gouvernement. L'acte politique ne serait pas une atteinte au régime de légalité, parce que son caractère d'acte politique n'est pas arbitraire, bien que peu certain (acte d'un organe politique, la difficulté de définition n'est que repoussée) ; au contraire, l'acte de gouvernement, manifestant la raison d'Etat, est dangereux pour le régime de légalité :

« Admettre des actes de gouvernement ainsi compris, c'est admettre que, pour des raisons d'Etat, on peut apporter des exceptions plus ou moins arbitraires au principe essentiellement protecteur, au principe fondamental, le principe de légalité matérielle, sans lequel il n'y a pas d'Etat de droit, sans lequel, pourrai-je dire, il n'y a pas vraiment de droit public. »

Si nous comprenons parfaitement l'utilité de

cette distinction qui cadre avec les théories plus générales du Doyen DUGUIT, nous n'avons pu admettre que le Président divise son rôle en deux parties, l'une d'ordre politique, l'autre d'ordre administratif. La difficulté principale serait, en effet, de préciser la distinction et le caractère purement formel que lui donne M. DUGUIT n'est pas un critérium suffisant. L'acte politique, acte d'un organe politique, cela ne permet pas de voir très clairement où doit s'arrêter l'irresponsabilité.

Nous ne pouvons nier, par contre, que l'explication en elle-même ne soit particulièrement ingénieuse et justifiable. Ce qui semble défectueux, c'est uniquement sa systématisation. Il était peut-être inutile, en l'espèce, de faire appel à une théorie de l'organe politique.

Ce que nous admettons, c'est que les actes du Président de la République, dans ses rapports avec les Chambres, apparaissent à juste titre au Conseil d'Etat comme ne comportant aucun recours contentieux. Mais faut-il dire que, juridiquement, le Président de la République exerce une fonction supérieure en convoquant les électeurs afin d'élire le Parlement ? Nous avons émis l'avis que cette partie de son activité ne nous semblait pas d'une portée constitutionnelle plus grave que tous ses autres actes, dont l'origine est également un pouvoir consacré par la Constitution. Dans les faits nous ne trouvons aucun motif de considérer les

décrets de cet ordre comme des actes de gouvernement ou des actes politiques.

Nous ne pouvons affirmer que le Conseil d'Etat se décide à déclarer son incompétence en se référant à une théorie de l'acte de gouvernement qu'aucune de ses décisions en la matière ne rappelle explicitement. Mais nous supposons, de préférence, que la haute juridiction administrative s'abstient, par une prudence compréhensible et en dehors de toute théorie, d'intervenir en un débat où la sanction juridictionnelle ne peut être que dénuée d'autorité devant les sanctions de caractère parlementaire que la Constitution permet d'appliquer quand les règles juridiques imposées en cette matière ne sont pas observées.

Il nous faut rappeler ici l'argument que nous avons déjà exposé, l'idée que les principes de compétence du Conseil d'Etat n'en ont jamais fait une Haute Cour de Justice constitutionnelle. Nous avons recherché en vain dans les lois de compétence qui organisent le statut du Conseil d'Etat et dans les débats parlementaires qui les précèdent un indice quelconque de l'aptitude du Conseil d'Etat à un contrôle constitutionnel. Si les hautes juridictions de différents pays que nous étudierons dans la II^e partie ont dans leur charte une compétence formelle pour contrôler l'application des règles constitutionnelles, nous ne pouvons, faute de texte, conférer le même pouvoir au Conseil d'Etat.

Dans ces conditions, comment vouloir que le Conseil d'Etat contrôle certains décrets du Président de la République. Il y aurait certainement une discrimination à opérer entre tous ces décrets que l'on confond sous la rubrique « décrets mettant en jeu les rapports du Président de la République et des Chambres. »

Lorsque le Président de la République prend un décret de dissolution de la Chambre des députés, sur l'approbation du Sénat (loi du 25 février 1875, art. 5) les règles légales auxquelles il reste soumis sont fixées par la Constitution :

Art. 5. — « Le Président de la République peut, sur l'avis conforme du Sénat, dissoudre la Chambre des députés avant l'expiration légale de son mandat. En ce cas, les collèges électoraux sont convoqués pour de nouvelles élections dans le délai de trois mois. »

Cet article doit être complété par l'article 3, 4^o de la loi constitutionnelle du 16 juillet 1875 : « Dans le cas où, par application de l'article 5 de la loi du 25 février 1875 la Chambre des députés se trouverait dissoute au moment où la Présidence de la République deviendrait vacante, les collèges électoraux seraient aussitôt convoqués et le Sénat se réunirait de plein droit. »

Si l'on raisonne sur ce décret de dissolution de la Chambre des députés, on constate que les règles formelles posées par les lois constitutionnelles de 1875 ne se prêtent guère à un contrôle de l'excès

de pouvoir. Les irrégularités que peut commettre le Président de la République auraient une gravité constitutionnelle que la sanction juridictionnelle du Conseil d'Etat ne paraît pas apte à réprimer. Supposons que le décret de dissolution ne convoque pas les électeurs dans le délai de trois mois, ce n'est plus une simple irrégularité, mais une violation de la Constitution. Nous demandons alors quelle serait la portée de l'annulation par le Conseil d'Etat d'un tel décret.

Tardive serait, sans nul doute, l'intervention du Conseil d'Etat venant déclarer, plusieurs mois après la promulgation d'un décret violant les règles essentielles du régime parlementaire, que l'acte est annulé. On voit assez difficilement la sanction que le Conseil d'Etat pourrait assurer à sa décision.

Mais sans plus insister sur les impossibilités pratiques, qui sont trop évidentes, d'une telle annulation, nous estimons que sa conception même n'est pas soutenable. Ce ne serait plus l'annulation normale des actes administratifs par une juridiction administrative, l'importance constitutionnelle des décrets envisagés ne permet pas de soutenir la compétence du Conseil d'Etat.

Nous ne croyons pas pouvoir adopter les idées du Doyen DUGUIT sur l'existence d'organes politiques et d'organes administratifs. Ce n'est pas le point de vue que nous cherchons à établir. Il s'agit en réalité d'une question de compétence du

Conseil d'Etat. A n'en pas douter, le Conseil d'Etat est incompétent parce qu'il s'agit de questions constitutionnelles d'organisation et de rapports des pouvoirs publics. Il n'y a pas lieu de parler en cette matière d'actes politiques, ni d'actes de gouvernement. Ce n'est pas dans la nature des décrets qu'on peut trouver la raison de l'incompétence du Conseil d'Etat, les décrets qui servent à régler les rapports du Président de la République et du Parlement sont bien des actes administratifs. Ce n'est pas davantage avec la distinction des actes politiques et des actes administratifs qu'on peut justifier cette incompétence. En réalité, la seule distinction est celle des sanctions constitutionnelles et des sanctions administratives. Il y a, de toute évidence, des fonctions uniquement réglées par la Constitution et qui ne prévoient aucun contrôle juridictionnel. Les sanctions constitutionnelles sont, en droit public français, uniquement d'ordre parlementaire. Ce serait donc dépasser, non seulement les lois organiques sur la compétence du Conseil d'Etat, mais aussi les principes de notre droit que de soutenir la possibilité de recours contentieux contre les décrets fixant les rapports du Président de la République et du Parlement.

Deux systèmes de contrôle constitutionnel sont logiquement concevables. Ou bien on admet que, vu leur gravité, les intérêts mis en jeu doivent être appréciés et sanctionnés par une juridiction extraordinaire, dont la seule mission serait de surveiller la

vie constitutionnelle du pays. Ou bien la crainte de ne pas trouver dans les décisions juridictionnelles une sanction suffisante des violations de la Constitution fait accorder au Parlement lui-même le soin de contrôler l'exécution des règles formelles qui garantissent les libertés du pays.

Mais lorsqu'un pays a choisi entre ces deux systèmes, comme l'a fait la France, il nous paraît impossible de les cumuler en dehors de tous textes et contre tous principes. Notre droit public, inspiré des méfiances révolutionnaires envers tout corps judiciaire, a fait confiance au seul Parlement et à l'opinion publique pour assurer le respect de la Constitution. Nous croyons donc rester dans la ligne des principes juridiques en admettant la seule compétence du Parlement pour toute appréciation d'actes engageant la responsabilité politique du Président de la République dans ses rapports avec le Parlement, sans pour cela faire appel à la théorie des actes de gouvernement.

CHAPITRE IV

Du décret de grâce.

La liste que fournit la doctrine ne comprend pas toujours le décret de grâce parmi les actes de gouvernement (cf. LAFERRIÈRE, II, 32 ; HAURIOU, *op. cit.*). Mais une décision du Conseil d'Etat du 30 juin 1893 nous oblige cependant à étudier de très près la question.

Le soldat Gugel, condamné à mort, puis grâcié par le Président de la République, avait vu sa peine commuée en travaux forcés. Il soumit un recours au Conseil d'Etat, contre le décret qui l'avait grâcié. Le Conseil rendit la décision suivante :

« Vu l'article 3, § 2 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875. — Considérant que les actes accomplis par le chef de l'Etat dans l'exercice du droit de grâce, ne sont pas susceptibles d'être déférés au Conseil d'Etat par la voie contentieuse ; qu'il y a lieu, par suite, de rejeter la requête... » (cf. au S. et P. 1895, III, 41 avec la note de M. HAURIOU).

Cet arrêt fournit l'occasion de nombreuses discussions sur la théorie de l'acte de gouvernement

et l'on se demanda si une nouvelle catégorie venait d'être découverte : les décrets de grâce.

Le décret de grâce est un acte du Président de la République qui fait remise à un individu définitivement condamné de l'exécution de la peine prononcée contre lui.

Acte du Président de la République comme tous les autres décrets qui émanent de la plus haute autorité administrative, ces décrets de grâce ne sembleraient présenter aucune forme spéciale qui permette de faire douter de leur nature. Ce qui complique le problème en réalité, c'est l'effet que produit le décret de grâce.

Dans la forme, en effet, la grâce apparaît comme un projet de décret présenté par le ministre de la Justice à la signature du Président de la République et définitivement décidé par cette autorité. C'est un décret formel sans aucun doute.

L'effet de la grâce est donc une remise totale ou partielle de la condamnation prononcée. Le condamné obtient le bénéfice de ne pas exécuter la condamnation mais celle-ci subsiste. Le fait de l'exécution est supprimé, la décision du juge, par contre, n'est pas modifiée. Il est donc bien certain que le décret du Président de la République n'est pas un acte juridictionnel. Le Président de la République ne se transforme pas en un juge suprême pour décider en dernier ressort d'un procès. Son rôle n'est jamais de trancher un litige ; même en

matière de grâce, il demeure le chef du pouvoir exécutif et nous verrons que ses attributions de grâce peuvent facilement être expliquées dans le cadre de ses fonctions.

Le décret de grâce n'est pas un acte juridictionnel parce qu'il ne touche en rien à la décision judiciaire définitive qui est en cause. Si nous reprenons la distinction traditionnelle qui analyse la fonction juridictionnelle en deux éléments : constater, décider, nous voyons immédiatement que l'acte de grâce ne comprend en rien ces deux stades d'activité juridictionnelle (cf. JOSEPH-BARTHÉLEMY, *R. D. P.* 1909 ; JÈZE, *Cours de Droit public*, 1924, p. 96).

Il n'y a aucun élément de constatation dans l'acte de grâce ; la force de vérité légale qui s'attache à la partie du jugement qui constate les faits ne se retrouve pas ici. Il n'y a jamais de constatation. L'acte de grâce n'est qu'une décision. Le Président de la République décide que telle condamnation ne sera pas exécutée. Mais il ne dit jamais que la condamnation est supprimée, elle demeure entière et seule, l'exécution n'aura pas lieu. L'élément décision reste donc le seul qu'on puisse trouver dans le décret de grâce (DUGUIT, *op. cit.*, II, 251).

S'il fallait prouver cette proposition que la condamnation n'est pas anéantie, nous n'aurions qu'à rappeler les modalités de mise en œuvre de la grâce. Un individu est condamné à mort ; la grâce intervient. Si la grâce était un nouvel acte juridictionnel venant après le jugement de condamnation et le

modifiant, le principe même de la condamnation tomberait ; il faudrait alors considérer qu'il n'y a jamais eu condamnation, que le condamné est innocent et doit être libéré. Ou alors, le décret de grâce, en supprimant la condamnation, rendrait une nouvelle décision de condamnation. Dans la réalité, il n'en est jamais ainsi. La condamnation à mort prononcée par le juge en dernier ressort, c'est-à-dire la constatation du crime n'est jamais prise en considération ni modifiée par le décret de grâce ; elle subsiste et subsistera toujours ; mais ce qui est atteint, c'est la deuxième partie de l'acte juridictionnel, l'élément-décision. Après avoir constaté le crime, le juge l'a puni ; c'est cette décision punitive que le décret de grâce abroge. Il n'y aura pas exécution de la peine prononcée et ce sera une remise totale, ou il y aura remise partielle, changement de la peine prononcée en une peine moins forte (commutation de la peine de mort en peine des travaux forcés à perpétuité).

Une autre preuve de ce que nous avançons est fournie par le trait suivant : un individu, condamné aux travaux forcés à temps est grâcié, si le principe de la condamnation était touché par le décret de grâce, aucune trace ne subsisterait de cette condamnation ; or le forçat grâcié restera soumis au régime des forçats libérés, régime légalement organisé et qui suppose bien évidemment que le principe de la condamnation aux travaux forcés n'a pas été atteint par la grâce.

Nous croyons pouvoir conclure de ceci que la grâce est une mesure administrative ne s'appliquant qu'à un fait, l'exécution des peines, et n'ayant jamais le caractère d'un acte juridictionnel.

Ce n'était pas l'opinion soutenue tout d'abord par M. DUGUIT dans la première édition de son *Traité de Droit constitutionnel* (cf. t. I, p. 215).

« Le droit de grâce n'est ni un acte politique, ni un acte administratif. Il n'est pas un acte politique parce qu'il n'est pas relatif aux rapports des organes politiques, il ne se rattache nullement à l'action que le chef de l'Etat peut et doit exercer, d'après la Constitution sur le Parlement. Il ne peut être un acte administratif, parce qu'il constitue une réformation, non pas totale sans doute, mais assurément partielle, d'une décision juridictionnelle, et... il est d'évidence qu'un acte juridictionnel ne peut pas être réformé par un acte administratif. Il faut donc être logique et dire que l'exercice du droit de grâce est un acte de juridiction. » — Mais le Doyen DUGUIT revint sur cette opinion dans la seconde édition de son *Traité*, et se réservait ainsi le droit de se réfuter lui-même (*Traité de Droit constitutionnel*, 2^e édition, 1923, II, p. 251) :

« C'est moi qui me trompais lorsque j'écrivais à la page 215 du tome I de la première édition de cet ouvrage : que l'acte conférant une grâce est un acte juridictionnel parce qu'il constitue une réformation, non pas totale sans doute, mais partielle d'une décision juridictionnelle. Il n'est pas vrai

que l'acte de grâce soit une réformation du jugement de condamnation. Celui-ci reste intact. Postérieurement un acte intervient qui conditionne la modification d'une situation légale que n'a point créée le jugement mais qu'il a seulement conditionnée... Le chef de l'Etat en accordant une grâce n'intervient point pour résoudre une question de droit, mais seulement en raison de considérations diverses pour modifier une situation légale et cela est le propre de l'acte administratif. »

Il n'y a donc plus en doctrine de réelles divergences sur ce point. Si nous admettons que le décret de grâce est un acte administratif comme s'y résoud le Doyen DUGUIT, nous en revenons à l'idée que le jugement de condamnation n'est absolument pas touché par la décision de grâce et que seul le fait matériel de l'exécution de la peine est modifié. L'exécution des peines, mesure administrative est arrêtée (remise totale) ou modifiée (remise partielle) par un acte d'une autorité administrative.

Pour M. le Professeur JÈZE, la nature du décret de grâce résulte de ses explications sur l'acte juridictionnel :

« L'acte juridictionnel est la constatation avec force de vérité légale d'une situation juridique (générale ou individuelle), de la légalité ou de l'illégalité d'un acte ou d'un fait. L'acte juridictionnel par lui-même ne crée aucune situation juridique individuelle ; il ne fait pas naître une créance, une dette. A cet égard, l'acte juridictionnel doit être

distingué des actes juridiques accomplis par le juge comme conséquences logiques de la constatation ; en particulier, il faut le distinguer de la condamnation... » (cf. *La technique juridique du droit public français*, cours 1924, Gaston JÈZE, p. 79).

Le décret de grâce ne touchant pas le principe de la condamnation, la constatation avec force de vérité légale qu'est l'acte juridictionnel selon M. JÈZE n'est donc pas diminuée. Au contraire la condamnation à une peine qui n'est qu'une « conséquence logique de la constatation » est modifiée par le décret de grâce. Cela reste très clair.

Pour M. JÈZE le décret de grâce est un acte-condition qui modifie l'état légal du condamné. Et cette analyse du décret de grâce ne nous paraît pas suffisante pour le justifier. C'est bien la constatation de la modification apportée par la grâce à un état qui aurait dû être définitif. Mais cela ne le justifie en rien et recule seulement la question. Pourquoi serait-il normal dans un état de droit que les décisions judiciaires soient modifiées par le pouvoir exécutif et qu'une situation légale soit transformée en dehors des règles normales du droit public ?

M. le Professeur JOSEPH-BARTHÉLEMY, dans un article publié à la *Revue de Droit public*, 1909, donne une ingénieuse explication du droit de grâce, qui évite la critique précédente et expose les conséquences logiques de cette nature juridique du droit de grâce.

Pour M. JOSEPH-BARTHÉLEMY, le pouvoir exécutif a comme attribution constitutionnelle le droit de punir. Il l'exerce en le faisant constater par les jugements de condamnation des juridictions pénales. Donc le jugement de condamnation n'a pas de force propre ; il proclame seulement comme ayant force de vérité légale le droit du pouvoir exécutif de faire condamner tel individu.

Avec un tel point de départ, il n'y a évidemment aucune difficulté à admettre que le droit de punir, attribution du pouvoir exécutif, n'est pas une obligation mais une faculté d'agir. Le Président de la République, accordant une grâce, manifeste seulement cette idée que le pouvoir exécutif renonce à mettre en œuvre la punition qu'il a obtenue. « Le pouvoir exécutif, lorsqu'il ne punit pas, comme le jugement l'y a autorisé, viole-t-il ce jugement ? Non certainement, pas plus que ne le viole le particulier qui, ayant obtenu un jugement, s'abstient par raison d'humanité ou par tout autre motif de faire saisir son débiteur ».

Cette théorie est sans doute parfaitement logique mais encore faut-il en admettre l'origine. Le droit de punir, attribution constitutionnelle du pouvoir exécutif, telle est la base du raisonnement. Mais il ne nous semble pas évident que le pouvoir exécutif soit par nature investi de ce droit. Le pouvoir exécutif n'est, en somme, qu'un démembrement constitutionnel de l'Etat ; on peut considérer qu'il est personnifié par le Président de la République

sans doute dans les faits mais il ne nous paraît pas dans la théorie avoir d'existence séparée de l'Etat. Il ne faut pas abuser des personnes morales et dire que le pouvoir exécutif est investi du droit de punir serait affirmer en quelque sorte sa personnalité spéciale en dehors de l'Etat, ce qui semble excessif. Si le droit de punir est attribué personnellement à une autorité c'est à l'Etat même qu'il faut le reconnaître. Il est en effet certain que le droit de punir, si on l'admet (1), doit être exercé au nom de l'Etat, mais même si c'est le pouvoir exécutif qui en assure l'exercice, il n'en est pas pour cela titulaire. Il poursuit l'exécution des condamnations au nom de l'Etat entier et non pas au nom du pouvoir exécutif seul.

La question du conflit entre le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire reste donc intacte et nous nous retrouvons devant ce problème d'une décision juridictionnelle définitive modifiée par le décret de grâce.

Par contre le Doyen HAURIU dans sa note au S. 1895, III, 41, se range, nettement du côté des

1. La réfutation de cette théorie est encore plus aisée pour les disciples du Doyen DUGUIT. Ils nient en effet tous les droits appartenant aux gouvernants. Il n'y a donc pas de droit de punir, attribution du pouvoir exécutif ou même de l'Etat, c'est un prétendu droit. Voir d'autre part la réfutation par DUGUIT de l'assimilation faite par M. JOSEPH-BARTHÉLÉMY entre les jugements de condamnation modifiés par la grâce et les jugements entre particuliers non exécutés par bonne volonté du créancier (DUGUIT. *Traité*, 2^e édit t. II, p. 256).

partisans du caractère administratif du décret de grâce :

« La grâce est la remise de l'exécution de la peine... elle ne touche qu'à l'exécution de la peine, en la supprimant, la réduisant ou la commuant. Or, l'exécution des peines n'est pas matière judiciaire, c'est une pure attribution d'ordre exécutif. C'est au nom du chef de l'Etat que les actes judiciaires ou notariés deviennent exécutoires ; c'est en son nom et par sa promulgation que les lois deviennent exécutoires ; c'est en son nom et par lui que les peines sont exécutées. Cette exécution-là fait partie du pouvoir exécutif au même titre que les autres, par cela seul que le chef de l'Etat a la disposition de la force publique.

La remise de l'exécution est de même nature que l'exécution ; par conséquent la grâce est bien d'ordre exécutif ».

Le Doyen HAURIOU se refuse donc à voir dans le décret de grâce un acte juridictionnel. Mais de même qu'avec les auteurs précédemment cités, nous arrivons à nous demander la raison pour laquelle le décret de grâce, acte administratif, échappe à toute appréciation contentieuse. Si nous avions admis qu'il y avait acte juridictionnel, la solution s'expliquait. Mais il faut bien admettre que, si la grâce est un acte administratif, c'est un acte administratif spécial dont le Conseil d'Etat s'interdit absolument le contrôle. Est-ce donc un acte de gouvernement ?

Le Conseil d'Etat s'était déjà prononcé avant l'arrêt Gugel sur la question des recours touchant à l'exercice du droit de grâce. Un arrêt moins célèbre, l'arrêt de Condinguy avait déjà décidé de l'incompétence du Conseil en cette matière. M. de Condinguy avait déféré au Conseil d'Etat un arrêté du Conseil du contentieux de nos établissements dans l'Inde rejetant sa demande de sursis à l'exécution d'une condamnation pour délit de presse, jusqu'à ce que son recours en grâce ait été soumis au Président de la République. Le requérant soutenait que le refus de transmettre son recours au chef de l'Etat était un excès de pouvoir de la part du sous-secrétaire d'Etat aux colonies (cf. S. 1892, III, p. 106).

L'espèce nous paraît particulièrement intéressante en raison de ces circonstances de fait ; sans nul doute, il y a là un abus de pouvoir très net du sous-secrétaire d'Etat aux colonies ; il est inadmissible qu'un projet de grâce puisse être arrêté dans un service ministériel, c'est une faute qui est manifestée par le refus de transmettre le recours en grâce. Dans la réalité l'excès de pouvoir est donc certain. Et cependant l'arrêt du Conseil s'en remet à la formule traditionnelle :

« Considérant que les questions que soulève le présent pourvoi sont relatives à l'exercice du droit de grâce et ne sont pas de nature à être portées devant la juridiction contentieuse... »

Nous ne songeons en aucune façon à critiquer

cette décision car la manière même dont le recours était intenté lui interdisait tout succès. Le principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs ne permet évidemment pas qu'une juridiction administrative s'oppose à l'exécution d'une condamnation judiciaire définitive. Le sursis demandé par le requérant à l'exécution de sa condamnation est légalement impossible. Mais ce qui nous intéresse dans cet arrêt, c'est la formule générale par laquelle le Conseil affirme que toutes les questions relatives à l'exercice du droit de grâce sont en dehors de sa compétence. Dès ce moment la position doctrinale de la haute juridiction administrative est assurée : il n'y a pas de recours contentieux sur les questions qui touchent à l'exercice du droit de grâce.

Sans doute l'arrêt Gugel frappe-t-il davantage l'esprit par la situation curieuse du requérant contre la grâce qui lui avait été accordée. Mais en théorie il n'ajoute rien à la solution de l'arrêt de Condinguy et sa formule n'a d'autre intérêt que de poser directement la question de la nature même de l'acte de grâce. Après avoir dit que l'exercice du droit de grâce n'était pas contrôlable, le Conseil affirme donc que, l'acte de grâce échappe par nature au contentieux administratif. Nous venons d'exposer que, de l'avis de la majorité des auteurs auxquels nous sommes rallié, l'acte de grâce n'était pas un acte juridictionnel. Le Conseil d'Etat aurait donc par l'arrêt Gugel affirmé le

caractère d'acte de gouvernement des décrets de grâce.

L'explication la plus simple de l'impossibilité d'intenter des recours contre les décrets de grâce serait d'admettre les idées du Doyen DUGUIT sur l'acte politique. S'il n'y a pas de recours contre ces décrets c'est que le Président de la République a agi comme organe politique. Mais il semble que M. DUGUIT en soit arrivé à cette interprétation faute d'en apercevoir de meilleure, ainsi que le marque l'hésitation de ses formules :

« Dans les pays parlementaires et en France particulièrement, le chef de l'Etat a deux caractères, agissant tantôt comme organe politique, tantôt comme autorité administrative supérieure. Assurément, ce n'est pas en cette dernière qualité qu'il agit lorsqu'il accorde une grâce. Incontestablement il intervient alors dans le domaine judiciaire...

Si le chef de l'Etat en accordant une grâce n'agit pas comme autorité administrative, agirait-il donc comme organe politique ? Mais cette solution se heurte immédiatement aux plus graves objections. En effet, d'après les principes du droit moderne, les organes politiques eux-mêmes sont incompetents pour prendre des décisions conditionnant la naissance de situations touchant directement à ce qu'on appelle les droits individuels... Il faut cependant bien admettre que c'est en qualité d'organe politique que le chef de l'Etat confère une grâce... »

Ce critérium purement personnel de non-rece-

vabilité du recours n'est pas suffisant. Il ne correspond d'ailleurs pas à la réalité dans les autres hypothèses d'actes de gouvernement et la distinction de l'organe administratif et de l'organe politique n'explique pas encore la raison du pouvoir accordé au Président de la République.

Nous chercherons donc, en dehors de toutes préoccupations doctrinales les motifs qui ont pu provoquer la décision du Conseil d'Etat dans l'affaire Gugel. Le point d'aboutissement seul est très clair : le Conseil d'Etat considère que le décret de grâce est un acte de gouvernement. Sans prendre encore parti ici sur aucune théorie, nous affirmons encore que le Conseil d'Etat considère les actes de gouvernement comme une catégorie particulière et sans doute imprécise d'actes du pouvoir exécutif dont le caractère commun est l'absence de recours juridictionnels. Et l'affaire Gugel manifeste évidemment cette conviction de la haute juridiction administrative qui a ajouté aux actes de gouvernement déjà connus le décret de grâce. Nous croyons donc que la position du Conseil d'Etat ne peut faire de doute ; elle est d'ailleurs inspirée par des considérations pratiques plus que par le souci de réaliser l'orthodoxie juridique. En fait, la jurisprudence admet donc que le décret de grâce est un acte de gouvernement.

Le Doyen HAURIU l'affirmait d'ailleurs dans sa note sous l'arrêt Gugel : « ... Désormais il serait

difficile de refuser au décret de grâce le caractère d'acte de gouvernement. Nous ne pensons pas qu'on puisse être tenté de n'y voir qu'un de ces actes d'administration discrétionnaire qui échappent au recours contentieux... Les termes de l'arrêt sont bien trop absolus : « ...ne sont pas susceptibles d'être déferés au Conseil d'Etat par la voie contentieuse ». Or, depuis longtemps déjà, le Conseil d'Etat a cessé de voir dans les actes d'administration discrétionnaire des décisions insusceptibles de recours par nature. »

Une fois admis ce fait que le Conseil d'Etat nous impose en quelque sorte, la discussion peut s'ouvrir sur la justification doctrinale de cette jurisprudence. Nous ne remettons pas en cause la nature du droit de grâce que nous avons recherchée dans les pages précédentes mais nous allons examiner les motifs juridiques que les auteurs ont supposés au Conseil d'Etat, lorsqu'il a rendu la décision Gugel. Le décret de grâce devrait-il supporter des recours contentieux, ou est-il logique de le considérer comme un acte de gouvernement ?

Les théoriciens de la raison d'Etat, justification des actes de gouvernement doivent renoncer à englober les décrets de grâce dans l'ensemble des autres actes de gouvernement. On voit mal en effet comment le droit de grâce serait inspiré par la raison d'Etat, il n'y a absolument aucune nécessité obligeant le chef de l'Etat à prendre des décrets

de grâce dont le contrôle par le Conseil d'Etat présenterait des dangers.

Si au contraire le décret de grâce est un acte de gouvernement, à raison de la qualité de son auteur, la solution du Conseil d'Etat serait logique. Mais c'est aboutir à une distinction entre l'organe politique et l'organe administratif dans le pouvoir exécutif, distinction qu'aucun autre arrêt du Conseil d'Etat ne permet d'affirmer.

Faute de voir les raisons juridiques qui inspirèrent l'arrêt Gugel, devons-nous en conclure que le décret de grâce n'est pas, par nature, exclusif de tous recours. Le Doyen HAURIOU est arrivé à cette solution :

« Le décret de grâce, s'il n'était pas considéré comme acte de gouvernement, nous paraîtrait exposé à des recours... Le droit de grâce, même absolu a une définition légale ; il doit consister essentiellement en un allègement de la peine. D'un autre côté, le condamné a un certain droit à sa peine... » Dans notre espèce, le requérant faisait bien remarquer : « que la décision attaquée avait eu pour but d'aggraver sur un point sa situation en substituant à une peine simplement afflictive, une peine afflictive et infâmante, entraînant la dégradation militaire qui n'avait pas été prononcée par les juges ; que d'ailleurs il avait, pour ainsi dire, droit à une peine militaire et que la commutation lui infligeait une peine de droit commun, celle des travaux forcés » (note au S., 1895).

Si l'on admettait donc que le régime du droit de grâce est soumis à des conditions légales d'une part, et de l'autre au respect d'un certain droit du condamné à sa peine, les recours contentieux seraient possibles contre le décret de grâce. La théorie de l'acte de gouvernement viendrait donc empêcher ces recours que la nature même du décret n'interdisait pas.

Il est probable que des considérations étrangères au droit ont inspiré le Conseil d'Etat lorsqu'il a classé le décret de grâce parmi les actes de gouvernement. Il fallait éviter, en effet, que les innombrables décisions de grâce prises par le chef de l'Etat puissent être critiquées par des condamnés prétendant établir leurs droits acquis. Mais ces seules préoccupations n'auraient pu décider de la jurisprudence du Conseil.

Sans doute aussi, la haute juridiction administrative a-t-elle toujours manifesté une certaine répugnance à contrôler les services les plus délicats de l'organisation administrative. Ce qui permet d'expliquer les privilèges du service diplomatique pourrait ici être invoqué. Le service des grâces fonctionne au Ministère de la Justice avec de nombreuses garanties et l'affaire est examinée par une commission, avant qu'un projet de décret de grâce ne soit présenté par le Garde des Sceaux à la signature du chef de l'Etat. Les intérêts moraux et sociaux qui inspirent le service des grâces se relèvent uniquement dans les faits et le Conseil

d'Etat a pu penser aussi avec quelque raison qu'il ne lui appartenait pas d'intervenir dans l'appréciation de tels faits. Ce ne serait plus un contrôle légal mais une critique d'une administration dans des circonstances où les intérêts généraux sont beaucoup plus en question qu'il ne le semble en premier lieu. La grâce n'est pas seulement une remise de peine s'appliquant à un individu. Elle comporte, même comme décision individuelle, un caractère très net de mesure d'ordre social général. Le Conseil d'Etat a donc pu songer à laisser entièrement libre le service des grâces dont les directives purement sociales ne lui permettent que difficilement un contrôle.

Ce qui fait l'importance du décret de grâce, c'est qu'il apparaît comme l'exercice d'une prérogative personnelle du Président de la République.

Depuis le rétablissement du droit de grâce par le sénatus-consulte organique du 16 thermidor an X, l'exercice en fut toujours confié au chef du pouvoir exécutif. Les deux Chartes signalent expressément le droit de grâce (Charte du 4 juin 1814, art. 67 ; Charte du 14 août 1830, art. 158), ainsi que l'Acte additionnel du 22 avril 1815 (art. 57, titre V). Puis les Constitutions de 1848 et de 1852 attribuèrent le droit de grâce au Président de la République ; le sénatus-consulte du 25 décembre 1852 en transféra l'exercice à l'Empereur. La loi des 17-21 juin 1871 suivait ces principes sauf des

restrictions de caractère purement temporaire et dues à l'insurrection de la Commune (cf. sur cette loi, GOBRON, thèse, n^o 98).

L'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 est des plus nets : « Le Président de la République a le droit de faire grâce ». C'est le seul texte sur la matière. On peut donc dire que le droit de grâce n'est soumis à aucune restriction légale.

Le Conseil d'Etat a dû se demander s'il était possible de contrôler une prérogative que la Constitution définissait comme sans limites. Il devenait bien délicat de rechercher où commence l'excès de pouvoir dans un régime qui n'est pas fixé. Comment apprécier les limites d'un pouvoir qui, par hypothèse, est libre ?

S'il a fallu conserver au chef de l'Etat, dans toutes les Constitutions qui se succèdent depuis la Révolution, une prérogative d'origine régaliennne c'est qu'une nécessité de fait impose à tous les régimes un système de redressement discrétionnaire des décisions judiciaires définitives. Si, malgré le développement constant de l'esprit démocratique, nous aboutissons, un siècle après les dernières Chartes, aux mêmes principes absolus en matière de grâce, il nous faut bien admettre, en dehors de toutes théories, que le Conseil d'Etat a donné la seule solution possible au problème. Le Président de la République, dans l'exercice du droit de grâce, est par hypothèse le plus indépendant et le plus libre d'apprécier les nécessités des faits. La décision

qu'il prendra sera bien, comme nous l'avons établi, un acte administratif et il est théoriquement illogique de ne pas admettre de recours contentieux contre cet acte. Mais théoriquement aussi, il était encore plus illogique de donner au chef du gouvernement le pouvoir de supprimer des condamnations prononcées par les autorités judiciaires ; il faudrait donc, pour être vraiment logique, confier le droit de grâce au pouvoir judiciaire.

Nous laisserons donc à part, comme le Conseil d'Etat, toutes les discussions possibles sur la nature du décret de grâce pour considérer que la nécessité imposait son incompétence. Nous ne sommes pas sur un terrain purement juridique, le Conseil d'Etat est une juridiction d'équité, le contrôle de l'exercice du droit de grâce est certainement hors de ses attributions. Pouvoir constitutionnel, sans limites, confié au chef de l'Etat avec la liberté d'appréciation la plus grande, le droit de grâce est exempt de tout contrôle juridictionnel. Et si l'on trouvait cette solution contraire aux principes juridiques, nous croyons que ce n'est pas la nature du décret de grâce qui serait mise en jeu, mais la légitimité même du droit de grâce entre les mains du Président de la République. Ce qui est en vérité antijuridique, ce n'est pas pour le Conseil d'Etat de se refuser à apprécier les décrets de grâce, mais bien que ces décrets puissent intervenir dans le domaine juridictionnel dont toutes les idées constitutionnelles les écartent.

CONCLUSION SUR LE DROIT DE GRÂCE.

Les recherches scientifiques provoquées par la décision Gugel du Conseil d'Etat tenaient en vérité à des motifs plus sérieux que la simple curiosité des faits exposés. On discutait une question plus importante que celle de savoir si le soldat Gugel avait le droit d'être fusillé. Il disparaissait comme individu. Le vrai problème juridique était l'explication du changement apporté par le pouvoir exécutif à une situation considérée comme définitive. La grâce vient annihiler une décision judiciaire ou la modifier. Comment pouvait-on justifier cette intervention du pouvoir exécutif dans l'œuvre du pouvoir judiciaire alors que les principes constitutionnels exigent leur complète indépendance ?

Juridiquement, nous sommes arrivés à cette explication que le décret de grâce ne touchait pas à la décision juridictionnelle, en analysant celle-ci en deux éléments, la décision de principe, la mesure d'exécution. Seule la mesure d'exécution, d'ordre purement administratif est touchée par le décret de grâce. Les principes constitutionnels ne sont donc pas menacés et nous ne reviendrons plus sur la nature juridique du décret de grâce.

Mais une autre question, d'ordre tout différent se pose. N'est-il pas extraordinaire qu'une mesure

d'exécution autre que celle prévue par une décision juridictionnelle définitive soit appliquée par l'effet du décret de grâce ? Le pouvoir exécutif, s'il n'opère pas en droit comme le juge, se trouve, dans la réalité des faits, investi d'un pouvoir d'appréciation encore important. Sans mettre en question le principe de la condamnation qu'il ne peut modifier, le Président de la République décide cependant que l'amende ne sera pas payée ou que la peine des travaux forcés sera exécutée à la place de la peine de mort prononcée.

Nous nous demandons, en somme, en quoi le Président de la République est mieux qualifié pour apprécier la peine à infliger en définitive que les juges chargés de l'affaire. Et l'on voit immédiatement combien cela est différent de nos recherches antérieures. Nous ne sommes plus sur un terrain juridique et la question que nous posons devient une question de fait ou, si l'on préfère, de technique politique : « Est-il préférable que ce soit le pouvoir judiciaire ou le pouvoir exécutif qui dispose du droit de grâce ? »

Nous n'avons pu reconnaître aux individus un droit acquis à telle condamnation, droit acquis qui s'opposerait à la modification du statut qui leur est infligé. Nous nous refusons à considérer comme susceptible d'appropriation la qualité de condamné. Cela n'est en rien un état personnel, une qualité propre. Nous ne pouvons aller jusqu'à dire que le condamné est dans une situation juri-

dique individuelle. Le décret de grâce n'est pas plus un acte pris dans le seul intérêt de l'individu que le jugement de condamnation, dans son élément décision. Dans la réalité, ces deux actes sont des actes de portée générale ; cela est évident pour le jugement qui condamne un individu mais c'est exact également pour le décret de grâce. S'il est pris en effet au profit d'un individu désigné, il n'en conserve pas moins le caractère d'un acte de portée sociale. Il s'applique à un individu comme la condamnation elle-même, mais de même qu'on ne saurait dire que cet individu ne pouvait refuser l'application de la décision, de même, il ne peut écarter la grâce dont le caractère juridique est identique.

La question qui nous retient ici est en réalité hors des discussions juridiques. Les pouvoirs du Président de la République n'ont pas besoin d'être expliqués par des motifs scientifiques. Sans doute comprend-on quelque peu l'étonnement du Doyen DUGUIR devant cette prérogative du Président de la République. Dans la doctrine qu'il expose, en effet, la situation juridique des condamnés est une situation légale, née à la suite d'une décision de justice et elle ne devrait jamais pouvoir être modifiée. Mais il nous faut échapper ici à toute considération théorique. Ce sont des raisons d'intérêt moral et politique qui inspirent le droit de grâce. Elles se résument dans les mots « prérogative personnelle du Président de la République. »

S'il fallait une autre preuve de ceci, nous rappellerions la discussion du 10 février 1911 à la Chambre (*Journal officiel*, 11 février 1911, p. 621), où fut mise en question la responsabilité ministérielle au sujet du décret de grâce.

M. Paul MEUNIER soutint : « que le ministre était responsable devant la Chambre et devait fournir les explications demandées sur ce fait qu'il ne l'a pas contresigné ou présenté ». M. Aristide BRIAND, Président du Conseil, répondit . « Il s'agit de savoir dans le moment où une demande de grâce est soumise au Président de la République, si la Chambre peut intervenir pour donner des indications. Je dis non ! et je m'oppose de la façon la plus formelle à une pareille intervention... » La Chambre fut de l'avis du Président du Conseil en approuvant ses explications.

Dans l'ordre constitutionnel, cela signifie que les décrets de grâce, étant contresignés par un ministre, engagent bien sa responsabilité mais que la Chambre, reconnaissant la part uniquement formelle de l'intervention ministérielle, comprend que la véritable responsabilité de l'acte incombe au Président de la République. Chaque fois qu'on a voulu obtenir des explications du ministre à la Chambre sur l'exercice du droit de grâce, celui-ci invoqua la prérogative personnelle du chef de l'Etat (cf. RULLAU, thèse, chap. XIV).

La tradition parlementaire ne fut pas, croyons-nous, sans influence sur le Conseil d'Etat qui vint

confirmer, par ses décisions d'incompétence, le caractère de prérogative personnelle du chef de l'Etat. Lorsque le Parlement s'inclinait, la juridiction administrative pouvait-elle adopter une solution contraire.

Il est inexact d'affirmer que le Conseil d'Etat n'a pas rangé le décret de grâce dans la catégorie des actes de gouvernement en invoquant cette seule raison qu'il n'a mentionné aucune indication formelle de cette théorie dans les considérants de l'arrêt Gugel. C'est cependant ce que tente M. GOBRON (*op. cit.*, p. 87). Le Conseil d'Etat n'a jamais eu l'habitude de rédiger des motifs d'ordre scientifique pour justifier ses décisions et leur laconisme est traditionnel. C'est donc une erreur de s'appuyer sur le seul silence de l'arrêt Gugel pour affirmer que le Conseil d'Etat n'a pas considéré qu'il y eut là acte de gouvernement. Nous chercherions en vain une décision où soit marqué le désir formel de la haute juridiction administrative d'expliquer son incompétence par la théorie de l'acte de gouvernement. Les arrêts que nous citons dans cet ouvrage permettent de constater que le Conseil d'Etat n'a jamais prononcé une seule décision qui comporte les termes d'acte de gouvernement.

Si l'on veut donc établir que le Conseil d'Etat avait, pour se déclarer incompétent, d'autres raisons juridiques que la théorie de l'acte de gouverne-

ment, il ne faut pas se contenter de dire qu'il ne l'a pas mentionné dans ses considérants. Ce serait dire que le Conseil d'Etat n'a jamais rendu de décisions sur les actes de gouvernement puisqu'aucune n'est explicite ; et c'est là une idée qui ne peut être raisonnablement soutenue. Il est bien indiscuté que le Conseil d'Etat croit aux actes de gouvernement comme catégorie distincte d'actes du pouvoir exécutif. La discussion n'existe qu'entre les auteurs qui justifient ou critiquent cette croyance.

Lorsqu'on voulut expliquer l'arrêt Gugel, sans faire appel à la théorie de l'acte de gouvernement, on fut bien obligé de faire du décret de grâce un acte juridictionnel ; sinon, on ne se fut pas expliqué la raison de l'incompétence du Conseil d'Etat.

Ce fut l'explication proposée par l'annotateur de l'arrêt Gugel au Dalloz et adoptée par M. Gobron :

« Nous pensons que la juridiction administrative ne peut connaître d'un acte de l'autorité judiciaire sans violer les lois de compétence et ceci, d'après une séparation bien nette entre le personnel administratif et le personnel judiciaire qui est à la base de notre droit public et qui fait que les agents administratifs ne peuvent apprécier les actes des agents judiciaires et inversement, pour éviter tout conflit.

Nous ne trouvons donc dans les décisions du Conseil d'Etat aucune indication qui vienne con-

firmer la théorie de M. HAURIOU ; au contraire, dans la jurisprudence du Conseil d'Etat apparaît la condamnation de la théorie des actes de gouvernement et les annotateurs des arrêts intervenus au sujet de l'exercice du droit de grâce nous le présentent comme un acte juridictionnel. »

Dire que la décision de grâce n'est pas un acte de gouvernement pour en faire un acte juridictionnel c'est passer d'une erreur possible à une erreur certaine. Pour tous les motifs que nous avons donnés dans ce chapitre nous maintiendrons donc que le décret de grâce manifeste une prérogative personnelle et traditionnelle du chef de l'Etat qu'expliquent des motifs d'intérêt social et politique.

CHAPITRE V

De l'état de siège

La déclaration d'état de siège est l'un des moyens de défense les plus graves et que seules, des circonstances de guerre menaçante peuvent expliquer. Son caractère a donc imposé des précautions et les Constitutions à tendance monarchique confiaient au chef de l'Etat le droit de déclarer l'état de siège. Mais la loi du 3 avril 1878 fit de l'état de siège une prérogative du Parlement et ses articles 2 et 3 prévoient :

« Le Président de la République ne peut déclarer l'état de siège que dans le cas d'ajournement des Chambres lesquelles se réunissent de plein droit deux jours après. » « ...Si la Chambre des députés est dissoute, il ne peut déclarer l'état de siège qu'en cas de guerre étrangère et à la condition de convoquer les collèges électoraux et de réunir les Chambres dans le plus bref délai possible. »

La loi qui organise le régime de l'état de siège politique semble donc faire du droit de le déclarer une prérogative parlementaire. Le Président de la République n'est qu'un mandataire choisi à cause

de la permanence de ses fonctions. L'état de siège doit pouvoir être déclaré très rapidement dans des circonstances graves, seul le Président de la République peut en être chargé. Mais cela n'enlève pas au Parlement le caractère d'auteur de l'acte. La preuve en est que le décret d'état de siège n'est qu'une décision provisoire qui doit être approuvée par le Parlement dont la réunion suit immédiatement. Le chef du pouvoir exécutif n'agit pas ici par un pouvoir propre, mais pour le compte du Parlement. Seul celui-ci sera donc compétent pour apprécier l'exécution de cette fonction par le Président de la République. Le contrôle du Parlement est nettement marqué dans la loi par les précautions prises pour la convocation immédiate du Parlement. Il doit donc seul apprécier si le Président a agi dans les limites de ses fonctions de délégué en déclarant l'état de siège.

Le seul caractère de la déclaration d'état de siège explique cela. Il serait difficile de trouver un meilleur exemple de pure situation de fait. Il serait impossible de donner au pouvoir judiciaire le contrôle de la déclaration d'état de siège. C'est une décision de pure opportunité, prise en considération des faits ; mesure d'opportunité dans l'appréciation de laquelle le Président de la République doit rester libre. Aucun contrôle judiciaire, donc fondé sur des motifs juridiques, ne peut être réclamé sur une décision de pur fait.

On comprendrait parfaitement que la juri-

diction administrative se déclare incompétente sur les recours en annulation contre la déclaration d'état de siège. On n'en connaît pas d'exemples. Mais la déclaration d'état de siège n'est pas le seul acte que comporte ce régime exceptionnel ; de nombreux actes administratifs sont pris sous ce régime et doivent se conformer, d'une part aux lois générales, d'autre part aux prescriptions spéciales des lois sur l'état de siège. Des possibilités d'excès de pouvoir se révèlent. On ne voit aucune raison de supprimer le contrôle juridictionnel de ces actes d'exécution. Si la décision primitive nous paraît inattaquable, il n'en est plus de même pour les actes d'exécution. Le caractère d'acte émané du Parlement et le contrôle réservé aux Chambres ne se retrouve plus. Il faut cependant assurer le respect des lois et des libertés individuelles, même sous le régime de l'état de siège. Ce n'est pas une révolution, ni un régime arbitraire ; des lois ont fixé les règles juridiques de l'état de siège, marqué des limites, c'est un régime légal dont les tribunaux administratifs peuvent parfaitement apprécier l'application. LAFERRIÈRE l'explique fort clairement (*Traité de Juridiction administrative*, II, 37) :

« L'état de siège n'a pas pour conséquence de soumettre les citoyens à une autorité entièrement discrétionnaire, mais seulement à certains pouvoirs exceptionnels, prévus et définis par l'article 9 de la loi du 9 août 1849 et qui consistent à autoriser des perquisitions, à éloigner les repris de justice et

les personnes non domiciliées, à saisir les armes et les munitions, à interdire les réunions et les publications jugées dangereuses. « Les citoyens, dit l'article 11, continuent, nonobstant l'état de siège, à exercer tous ceux des droits garantis par la Constitution dont la jouissance n'est pas suspendue en vertu de l'article précédent. » Il est donc naturel que les citoyens, en conservant les droits que la déclaration d'état de siège laisse intacts, conservent les recours et les actions en justice qui servent de sanction à ces droits ».

On ne saurait donner meilleure explication de la jurisprudence, qui contrôle uniquement les limites des pouvoirs spéciaux conférés par les lois sur l'état de siège en se déclarant justement incompétente sur la déclaration même dont nous avons montré le caractère de décision de fait excluant toute appréciation juridique.

L'arrêt de principe, toujours cité, est l'arrêt Pelletier du 30 juillet 1873 (Pelletier c/ de Ladmirault, Chopin et Leudot au S., 1875, IV, 39).

Il s'agissait d'une saisie de journal opérée sous le régime de l'état de siège par le Général de Ladmirault, commandant du département de l'Oise. Le conflit fut élevé devant les tribunaux judiciaires et le tribunal des Conflits valide le conflit ; les motifs suivants intéressent notre question :

« Considérant que l'interdiction et la saisie de ce journal, ordonnées par le Général de LADMIRAULT en sa qualité de commandant de l'état de siège

dans le département de l'Oise, constituent une mesure préventive de haute police administrative, prise par le Général de Ladmirault, agissant comme représentant de la puissance publique, dans l'exercice et la limite des pouvoirs exceptionnels que lui conférait l'article 9, n° 4 de la loi du 9 août 1849 sur l'état de siège et dont la responsabilité remonte au gouvernement qui lui a délégué ces pouvoirs... »

La doctrine du Tribunal des Conflits est donc que les tribunaux administratifs sont compétents pour contrôler « l'exercice et la limite des pouvoirs exceptionnels » qui constituent l'état de siège. Il n'y a pas un régime d'arbitraire remplaçant brusquement le régime légal ; des garanties survivent et spécialement, comme le montrait LAFERRIÈRE (*op. cit.*), les garanties juridictionnelles. Les décisions prises en vertu de l'état de siège doivent se conformer aux lois qui ont défini cette situation et les tribunaux administratifs annuleront les actes qui ont dépassé les pouvoirs fixés par la loi.

De même l'arrêt Chéron (Conseil d'Etat, 5 juin 1874. Rec. p. 515). « L'acte par lequel l'autorité militaire dans un département légalement placé sous le régime de l'état de siège, prononce la suppression d'un journal en vertu de l'article 9 de la loi du 9 août 1849, peut être déféré au Conseil d'Etat pour excès de pouvoir. » Cet arrêt fut rendu sur les conclusions contraires de M. le commissaire du gouvernement DAVID. La formule de

l'arrêt Pelletier est intégralement reproduite dans une affaire identique du 28 novembre 1874. (Arrêt Journal *La Réforme* c/ général Lapasset, Rec. p 933).

Enfin l'arrêt Memorial des Vosges, Busy c/ le ministre de la Guerre (24 décembre 1875. Rec. p. 1061), résoud définitivement, bien qu'implicitement, la question de la possibilité des recours pour excès de pouvoir contre les actes de l'autorité militaire sous le régime de l'état de siège. Malgré la position prise par le ministère public dans l'affaire Chéron, le Conseil d'Etat a donc fixé sa théorie. Une note souligne d'ailleurs :

« Si le décret qui prononce l'état de siège avait le caractère d'acte de gouvernement, il peut paraître au moins douteux qu'il en soit de même des arrêtés pris en vertu de ce décret. Ces actes de l'autorité militaire, malgré leur caractère exceptionnel, ont beaucoup d'analogie avec ceux qui émanent d'autres fonctionnaires publics en temps ordinaire ; ils nous paraissent donc susceptibles de recours pour excès de pouvoirs... »

Dès 1875, les idées du Conseil d'Etat sont donc fermes et les décisions d'exécution sont contrôlées ; seule la déclaration d'état de siège est considérée comme un acte de gouvernement dont l'appréciation échappe à la juridiction administrative.

Cette jurisprudence s'est maintenue et les nombreuses décisions qu'a provoquées la guerre de 1914-1918 s'inspirent toujours de ces mêmes prin-

cipes. Jamais il n'y eut de recours contre la déclaration même, mais contre les actes d'exécution.

Le décret du 2 août 1914 décidait : « Vu la loi du 3 août 1878, vu la loi du 9 août 1849, les quatre-vingt-six départements français et le territoire de Belfort ainsi que les trois départements d'Algérie sont déclarés en état de siège ». La loi du 5 août 1914 disposait : « l'état de siège déclaré par le décret du 2 août 1914 est maintenu pendant toute la durée de la guerre ».

La question de savoir si la déclaration d'état de siège est un acte de gouvernement contre lequel les recours pour excès de pouvoirs sont impossibles ne garde qu'un intérêt théorique. La ratification immédiate du décret par la loi suffit à écarter le contrôle juridictionnel.

Mais les actes d'exécution furent soumis au Conseil d'Etat. Ainsi l'arrêt Delmotte du 6 août 1915 (et affaire semblable Senmartin, avec les conclusions de M. le commissaire du gouvernement CORNEILLE. Rec. p. 275). « Considérant qu'en prononçant, dans le but de faire cesser une cause de désordre, la fermeture du débit de boissons du sieur Delmotte pour un temps qui ne devait pas excéder la durée des hostilités, le commandant d'armes de la place d'Annecy n'a fait qu'user des pouvoirs qu'il tient de l'article 9 § 4 de la loi du 9 août 1849...

Dans un arrêt du 28 février 1919 (Rec. p. 208)

Dol et Laurent, le Conseil d'Etat précise ses idées sur le contrôle des actes pris par les autorités sous le régime de l'état de siège :

« Considérant que les limites des pouvoirs de police dont l'autorité publique dispose, tant en vertu de la législation municipale que de la loi du 9 août 1849, ne sauraient être les mêmes en temps de paix et pendant la période de guerre... ; qu'il appartient au juge, sous le contrôle duquel s'exercent ces pouvoirs de police, de tenir compte dans son appréciation des nécessités provenant de l'état de guerre... »

La question de la possibilité d'un contrôle n'est même plus envisagée. Le Conseil d'Etat a décidé que l'appréciation des pouvoirs exercés par les autorités de l'état de siège serait la plus large possible sans penser aucunement à protéger ces décisions comme actes de gouvernement.

La même formule se retrouve dans les arrêts Bouquet du 27 juin 1919 (Rec. p. 587). ; Bellone du 8 août 1919 (Rec. p. 747), dans des affaires d'ailleurs identiques (arrêtés du préfet maritime de Toulon enjoignant à des filles publiques de quitter le territoire du camp retranché). De même aussi les arrêts Musart du 9 janvier 1920 (Rec. p. 12), Dame Tassus et autres du 30 avril 1920 (Rec. p. 430) ; Pollet du 21 mai 1920 (Rec. p. 536) ; Chauvelon et dame Carpentier du 4 mars 1921 (Rec. p. 248) ; Métayer du 3 février 1922 (Rec. p. 110) ; expulsion de personnes indésirables hors de

la zone des armées) ; Cotte du 31 octobre 1924 (Rec. p. 839, destruction de panneaux-réclames ordonnée au moment de la déclaration d'état de siège).

Le Conseil d'Etat a donc tranché deux points qui intéressent notre étude :

1^o L'état de siège est un régime légal soumis à un contrôle juridictionnel.

2^o La loi du 9 août 1849 n'a pas modifié l'étendue des pouvoirs qu'elle transfère des autorités civiles aux autorités militaires.

L'arrêt de principe fut en réalité l'arrêt Delmotte et les conclusions de M. le commissaire du gouvernement CORNEILLE ont analysé et expliqué à l'avance la décision du Conseil d'Etat. La première question était de décider s'il y avait acte de gouvernement. M. le commissaire du gouvernement repousse très nettement cette théorie des actes arbitraires échappant entièrement au contrôle juridictionnel : « Le ministre de la Guerre dans sa réponse aux pourvois ne fait qu'exprimer une fin de non-recevoir en ressuscitant à ce propos la théorie des actes de gouvernement non susceptibles d'être attaqués devant le Conseil d'Etat statuant au contentieux. Mais il s'empresse de reconnaître d'ailleurs que, dès 1874, en ce qui touche les recours dirigés contre la légalité de mesures d'état de siège, le Conseil d'Etat n'était pas favorable à la thèse de l'irrecevabilité (affaire Chéron du 5 juin 1874).

Dès lors il nous serait vraiment bien difficile de vous demander de revenir sur la jurisprudence de 1874, alors qu'à cette époque la théorie des actes de gouvernement « battait son plein » et que, depuis des décisions récentes, vous y avez apporté des brèches de plus en plus profondes. Nous examinons donc les requêtes en elles-mêmes ».

En quelques mots, M. le commissaire du gouvernement CORNEILLE annonce l'abandon définitif de la théorie des actes de gouvernement pour le régime de l'état de siège. Ces actes ne sont pas considérés comme une catégorie à part, malgré la gravité des circonstances où ils interviennent. Le régime de l'état de siège est un régime légal et toutes les décisions prises par les autorités militaires restent soumises au contrôle juridictionnel.

Sur le second point, nous avons dit que la loi du 9 août 1849, en transférant les pouvoirs des autorités civiles aux autorités militaires, n'avait aucunement modifié l'étendue de ces pouvoirs. Sans doute, comme le montrent de façon décisive les conclusions du commissaire du gouvernement la législation de l'état de siège ne doit pas être interprétée par un rappel des lois ordinaires :

« La législation de l'état de siège ne doit pas se combiner avec les lois ordinaires... car elle a pour but de les contrecarrer en bloc, en substituant à l'état de droit ordinaire un état exceptionnel, s'adaptant, lui, aux nécessités de l'heure et aux circonstances anormales qui le provoquent, qui

forcément l'amènent et indubitablement le justifient. »

Mais cela ne vise que l'interprétation par le juge des circonstances et des limites des pouvoirs exceptionnels que confère aux autorités militaires la loi de 1849. L'interprétation la plus large est exigée par la situation même qui fit naître ces pouvoirs. C'est l'évidence mais les conclusions signalent aussi que les pouvoirs transférés des autorités civiles aux autorités militaires ne prennent pas pour cela le caractère de pouvoirs arbitraires. « Nous ne contestons pas que le passage des pouvoirs de l'autorité civile à l'autorité militaire ne fait point que ces pouvoirs soient, en principe, augmentés ou modifiés. »

Le contrôle des pouvoirs reste donc intangible. L'interprétation en sera large parce qu'il s'agit d'une situation exceptionnelle, mais les décisions d'exécution de l'état de siège sont, dans la jurisprudence du Conseil d'Etat, soumis à un examen de fond. Il devient impossible de parler encore d'actes de gouvernement dans ces conditions.

S'il fallait cependant d'autres précisions sur le caractère légal de l'état de siège, M. le Professeur JÈZE rappelle (*R. D. P.*, 1915, p. 711) que « la Cour de Cassation dans des affaires semblables a conclu également que l'état de siège ne supprime pas le contrôle juridictionnel et que la loi du 9 août 1849 ne conférait pas à l'autorité militaire, en matière de

police générale, des pouvoirs plus étendus que ceux appartenant à l'autorité civile. »

Ainsi les arrêts de la Chambre criminelle du 13 juillet 1915 (*R. D. P.*, 1915, p. 711) et du 20 avril 1916 (*R. D. P.*, 1916, p. 407) n'hésitent pas à déclarer la légalité du régime d'état de siège, ils sont même plus affirmatifs que le Conseil d'Etat sur la question de l'étendue des pouvoirs conférés à l'autorité militaire. La Cour de Cassation aime peu sanctionner les abus de pouvoir de l'autorité administrative ; dans les cas particuliers que nous envisageons, la gravité de la situation l'a décidée à approuver les pouvoirs que l'autorité militaire avait obtenus.

Nous ne sommes pas très sûrs qu'en droit l'autorité militaire ait bien eu le pouvoir de fermer les débits de boissons, comme l'assurent l'arrêt Delmotte d'une part, et la Chambre criminelle de l'autre. La déclaration d'état de siège ne changeant rien aux pouvoirs que l'on confère à l'autorité militaire, il est douteux que celui-ci lui appartienne. Mais en pratique, ce fut une jurisprudence excellente, la seule qui permit de maintenir l'ordre et la Cour de Cassation comme le Conseil d'Etat ne pouvaient que l'admettre. Il ne s'agit d'ailleurs que d'une interprétation plus large des pouvoirs ; en théorie cela ne modifie en rien notre affirmation de base : l'état de siège est un régime légal soumis au contrôle juridictionnel.

CHAPITRE VI

Théorie des pouvoirs de guerre

Nous avons déjà admis en étudiant le régime de l'état de siège que les circonstances particulièrement graves d'une guerre peuvent nécessiter une appréciation moins stricte des motifs des décisions administratives. Il existera toujours l'excuse de l'opportunité et la considération des événements de guerre.

Le Conseil d'Etat, impressionné par les dangers de l'état de guerre n'a jamais voulu encourir le reproche de gêner l'administration du pays, dans ces circonstances graves, par un contrôle des décisions de police. Toutes les mesures de police échappèrent durant la guerre au contrôle du Conseil d'Etat. Mais cela, pour deux raisons différentes, qui nécessitent la distinction des arrêts du Conseil en deux paragraphes : les mesures de police prises contre les Français et les mesures de police prises contre les étrangers.

Les décisions du Conseil s'inspirent en effet de deux idées très différentes. Il s'agit bien toujours

de mesures de police et le caractère de l'acte n'est pas modifié en soi du seul fait que la personne visée est un Français ou un étranger. Mais nous nous plaçons dans cette étude du seul point de vue de l'appréciation contentieuse du Conseil d'Etat ou plutôt de son refus d'examiner certains actes. Ce qui nous importe actuellement sera donc la recherche des motifs qui ont décidé le Conseil d'Etat à repousser le contrôle des actes de police pris durant une guerre nationale.

Le principal de la question est de savoir si les pouvoirs du gouvernement sont augmentés par le seul fait de l'état de guerre. Nous avons déjà signalé ce problème en étudiant l'état de siège et précisé que les pouvoirs transmis par l'autorité civile à l'autorité militaire n'en étaient, par cela seul, aucunement augmentés. Le régime de l'état de siège est un régime légal et les décisions du pouvoir exécutif doivent se conformer aux prescriptions législatives. Le régime de l'état de guerre augmente-t-il au contraire la liberté du pouvoir exécutif et celui-ci peut-il prendre des décisions contraires aux lois ?

Plusieurs problèmes touchant à cette question furent posés au Conseil d'Etat et c'est seulement après analyse de ces décisions que nous pourrions préciser les idées théoriques que dégagent les arrêts.

I. — POUVOIRS DE POLICE VIS-A-VIS DES FRANÇAIS

Lorsque les pouvoirs de police furent employés à l'égard des nationaux français, ils furent certes utilisés d'une manière beaucoup plus large qu'en temps normal et les mêmes actes que le Conseil d'Etat refusa alors d'annuler n'auraient pas échappé à son contrôle.

Nous allons reproduire les arrêts importants de cette période :

Arrêt Heyriès (28 juin 1918, p. 651) avec les conclusions de M. A. RIPERT, commissaire du gouvernement :

Le décret du 10 septembre 1914 a suspendu l'application de l'article 65 de la loi du 22 avril 1905 sur la communication du dossier avant toute mesure disciplinaire. Décret attaqué par Heyriès, révoqué. Pourvoi rejeté par le Conseil d'Etat.

« Considérant que, par l'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875, le Président de la République est chargé d'assurer l'exécution des lois, qu'il lui incombe, dès lors, de veiller à ce qu'à toute époque les services publics institués par les lois et règlements puissent fonctionner et à ce que les difficultés résultant de la guerre n'en paralysent pas la marche ; qu'il lui appartenait à la date du 10 septembre 1914 d'apprécier que la communication prescrite par l'article 65 de la loi

du 22 avril 1905 à tout fonctionnaire avant toute sanction disciplinaire, était, pendant la période des hostilités, de nature à empêcher dans un grand nombre de cas l'action disciplinaire de s'exercer et d'entraver le fonctionnement des diverses administrations nécessaires à la vie nationale ; qu'à raison des conditions dans lesquelles s'exerçaient, en fait à cette époque, les pouvoirs publics, il avait la mission d'édicter lui-même les mesures indispensables pour l'exécution des services publics placés sous son autorité.

« Considérant qu'en décidant que l'article 65 serait suspendu, avec faculté pour les intéressés de se pourvoir après la cessation des hostilités en révision des décisions qui auraient été prises à leur égard, le Président de la République n'a fait qu'user légalement des pouvoirs qu'il tient de l'article 3, loi du 25 février 1875... »

De même, *Arrêt Fabre*, 16 janvier 1920 (Rec. p. 38). *Epoux Mayoux*, 23 janvier 1920 (p. 91).

Dame Tassus, dame et demoiselle Trépel, Schweitzer, consorts Bovser, 30 avril 1920, p. 430.

Mesures de surveillance destinées à empêcher les personnes ayant fait l'objet d'ordres d'évacuation de retourner dans la zone des armées (*dame Tassus*).

Le conseil d'Etat n'est pas compétent pour examiner le caractère des mesures d'exécution de l'ordre d'évacuation.

Il s'agit d'actes vexatoires : « arrestation, séquestration, confiscation de certains objets. »

Le Conseil d'Etat n'est pas compétent parce que ces actes sont des faits d'exécution insusceptibles d'un recours par excès de pouvoir.

Arrêt Misslin, 6 août 1920 (p. 826).

Le Gouverneur Général d'une place forte n'exécute pas ses pouvoirs en ordonnant, en temps de guerre, l'expulsion de la zone des armées d'une personne suspecte d'agissements dangereux pour la défense nationale (Belfort).

Arrêt Syndicat patronal de la boulangerie de Paris et de la Seine, 14 mai 1920 (p. 499), conclusions de M. RIIERT, commissaire du gouvernement.

Un décret du 30 novembre 1917 avait interdit de « fabriquer, mettre en vente ou vendre de la pâtisserie, biscuiterie ou confiserie dans les boulangeries » confirmé par une loi du 10 février 1918 seulement. Recours rejeté.

« Considérant qu'aux termes de l'article 3 ... il incombe au Président de la République d'édicter à toute époque les prescriptions indispensables que comporte cette exécution, selon les nécessités résultant des circonstances, et conformément au but que s'est proposé le législateur.

« Considérant qu'à la date où le décret a été pris, ...l'obligation de prendre des mesures exceptionnelles pour assurer le service dont la marche régulière était intimement liée à la défense nationale... que la limitation des disponibilités en farines panifiables rendait indispensable une réglementation plus stricte en vue d'en éviter le gaspillage... que

c'est dans ce but qu'interdiction leur a été faite par le décret attaqué... et qu'ainsi cette interdiction rentrait dans l'exercice des pouvoirs conférés au chef de l'Etat par la loi du 25 février 1875 ; que, si c'est seulement le 10 février 1918 que l'autorité législative en confirmant les règles posées par ledit décret leur a donné pour l'avenir la sanction des pénalités spéciales qu'elle a édictées, il n'en résulte pas que ladite réglementation fût, antérieurement à cette dernière date, entachée d'excès de pouvoir... »

(Comparer avec Cassation, 3 novembre 1917 au S., 1917, I, 145 et la note de M. Roux).

Arrêt Cotte, 31 octobre 1924 (p. 839).

« Considérant que par dépêche-circulaire du 9 août 1914 le gouvernement a prescrit aux préfets de détruire, sans lui en référer, toutes affiches suspectes ; que le sieur Cotte, entrepreneur de publicité, qui possédait dans la Loire un certain nombre de panneaux-réclame, se plaint de ce que, dans ce département, le préfet ait fait détruire tous les panneaux, cadres, plaques et supports, sans aucune distinction.

« Considérant, d'une part, qu'il appartenait au préfet, de la période critique où il a reçu l'ordre ci-dessus, et eu égard à l'extrême urgence des mesures à prendre, de faire disparaître les affiches de toutes sortes et leurs supports ; qu'il n'est justifié, d'autre part, par le requérant, d'aucune faute dans l'exécution de ladite prescription de

nature à engager la responsabilité de l'Administration... »

Le Conseil d'Etat manifeste dans les formules que nous venons de relever l'intention très nette de contrôler l'existence et la portée des motifs de défense nationale qui ont pu inspirer la décision attaquée. Il n'a jamais rejeté les recours par l'affirmation de son incompétence au fond et la fameuse formule de l'acte de gouvernement est absente. Lorsque les recours sont rejetés, c'est donc toujours sur appréciation des faits, le contrôle de l'excès de pouvoir est envisagé, sinon toujours réalisé. Nos arrêts ont en effet reconnu au gouvernement des pouvoirs infiniment plus étendus que les pouvoirs normaux de police. On ne saurait le leur reprocher. Les circonstances étaient telles que ce développement prétorien de l'autorité de police ne peut choquer. Durant cette crise de la légalité qu'est la guerre, il n'est pas extraordinaire que les solutions les plus libérales soient adoptées pour justifier l'action du pouvoir exécutif. Ce n'est d'ailleurs pas le pire arbitraire ; des lois auraient pu intervenir comme aux Etats-Unis pour donner au gouvernement une série de pouvoirs extraordinaires sans aucune garantie de contrôle (cf. le chap. X, II^e Partie sur les U. S. A. et *R. D. P.*, 1918, p. 5, GARNER). C'est en partie pour remédier à cette absence de pouvoirs légaux de guerre que le Conseil d'Etat a admis cette idée des « nécessités résultant des circonstances » que l'on appelle communément

théorie des pouvoirs de guerre (cf. JÈZE, *op. cit.*).

Pouvoirs de guerre, donc pouvoirs élargis, mais restant soumis au contrôle du Conseil d'Etat. La recherche et l'appréciation des circonstances marquent la volonté du Conseil d'Etat de ne pas invoquer la théorie de l'acte de gouvernement. Lorsqu'il s'agit de décisions de police prises à l'égard de Français, il ne doit jamais être question d'actes de gouvernement. Ce sont des actes administratifs ordinaires, soumis au contrôle du Conseil d'Etat dont l'appréciation se marque seulement d'une tolérance exceptionnelle.

Il ne faudrait pas croire d'ailleurs que la tolérance du Conseil d'Etat soit uniquement inspirée par les circonstances de guerre. Depuis bien longtemps la haute juridiction administrative décidait que l'appréciation des mesures de police variait avec les circonstances, et cela en s'inspirant de l'idée d'urgence à prendre les mesures nécessaires pour maintenir l'ordre public. Les décisions que nous rassemblons sous ce paragraphe des pouvoirs de guerre ont des antécédents (arrêt Faton du 4 juillet 1913. Rec. p. 797 et la note HAURIOU sous DOL et LAURENT au S., 1918-1919, III, 33).

Sans doute les mesures de police doivent se conformer aux textes existant mais l'idée d'urgence justifie des mesures administratives qui pourraient, en dehors de ces circonstances spéciales, être critiquées.

C'est sans nul doute l'arrêt Heyriès qui nous permet le mieux de saisir le raisonnement du Conseil d'Etat. La situation est telle, en effet, que les décrets mis en question sont certainement illégaux. Au début de la guerre, le droit à communication du dossier a été supprimé par deux décrets :

Décret du 15 août 1914 :

« Est suspendue pendant la durée de la guerre l'application des dispositions de l'article 65 de la loi de finances du 22 avril 1905 en ce qui concerne les militaires. »

Décret du 10 septembre 1914 :

« L'article 65 de la loi du 22 avril 1905 est suspendu pendant toute la durée des hostilités. Tout fonctionnaire qui, pendant la durée des hostilités, aura subi une peine disciplinaire pourra, à la cessation des hostilités, se pourvoir en révision devant le conseil de discipline. La demande en révision devra être présentée dans le mois qui suivra la cessation des hostilités. »

Ces deux décrets aboutissaient donc à la suppression de la garantie légale de communication des dossiers. L'explication qu'en fournit le Conseil d'Etat est surprenante. Elle se résume dans la phrase suivante de l'arrêt Heyriès.

« Considérant qu'en décidant, par le décret pris à la date sus-indiquée... le Président de la République n'a fait qu'user légalement des pouvoirs qu'il tient de l'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875... » Si nous nous reportons à cet

article qui justifierait la suspension par décret de garanties légales, nous voyons que : « Le Président de la République... surveille et assure l'exécution des lois. »

Comment admettre que surveiller et assurer l'exécution permette d'en arrêter le cours ? C'est ce que, seule, l'argumentation du Conseil d'Etat pourra nous expliquer. Le Doyen DUGUIT n'hésite pas cependant à qualifier ces décrets d'actes « dictatoriaux ».

Traité, t. III, p. 173 :

« On peut admettre, à l'extrême rigueur, dans des circonstances graves, le règlement de nécessité, mais à la condition que le Parlement ne puisse pas être réuni et que le Gouvernement déclare expressément dans le texte du décret son intention de le soumettre à la ratification du Parlement aussitôt que possible. Aucune de ces deux conditions n'existait, pas plus pour le décret du 16 septembre que pour celui du 10 septembre 1914 ; l'un et l'autre, il ne faut pas craindre de l'affirmer nettement, étaient des actes dictatoriaux entachés d'excès de pouvoir... » (cf. la note du Doyen HAURIOU sous l'arrêt Heyriès).

La Cour de Cassation a jugé le 3 novembre 1917 une affaire assez semblable à celle du syndicat de la Boulangerie.

Dans cette décision, la Cour suprême avait à décider de la légalité d'un décret du 3 mai 1917 modifiant le taux de blutage de la farine de blé.

Ce décret portait directement atteinte à la loi organique en la matière du 16 octobre 1915 (modifiée par les lois du 25 avril et du 29 juillet 1916). Ces lois successives avaient fixé le taux de blutage de la farine des blés à des niveaux précis. Le décret est venu imposer une proportion différente.

La Cour de Cassation n'a pas hésité à déclarer l'illégalité d'un décret qui modifiait ainsi un régime légal (1). Les circonstances étaient cependant des plus graves. La note de M. Roux au Sirey les expose en ces termes :

« Quand ce décret fut pris, on avait des craintes sérieuses sur la possibilité d'aller jusqu'à la prochaine récolte. Le gouvernement, conscient des intérêts supérieurs de la défense nationale, n'hésita pas ; et il ordonna immédiatement aux meuniers de bluter à un taux plus élevé, c'est-à-dire de retirer par 100 kilos de grains une quantité plus forte de farine, ce qui revenait à laisser mélangée à la pure farine une plus grande proportion de son. C'est cette mesure, qui a permis d'attendre la récolte suivante et de faire la soudure, que la Cour de Cassation déclare aujourd'hui illégale, enlevant ainsi au gouvernement une arme de salut... »

La Cour de Cassation, s'inspirant de l'idée que l'état de guerre ne modifie pas les principes, a simplement rappelé la subordination du règlement

1. De même, l'arrêt Bernard (Chambre criminelle, 30 novembre 1916) décida que les pouvoirs de l'exécutif n'étaient pas augmentés en temps de guerre. (R. D. P. 1917, p. 307).

à la loi. Mais ce qui est frappant c'est que, malgré les circonstances urgentes au dernier point, la juridiction civile n'a pas songé à trouver dans cette idée d'urgence un remède à la sévérité de la doctrine comme le fit le Conseil d'Etat.

Arrêt Verrier, 30 juillet 1915 (*R. D. P.*, 479).

Les conditions de mise à la retraite d'office des officiers généraux avaient été modifiées par un décret du 15 août 1914 bien que de nature législative (art. 1^{er} loi du 16 février 1912). Mais l'arrêt dégage nettement l'idée que les circonstances spéciales de guerre augmentent, par leur seul caractère d'urgence, les pouvoirs du Gouvernement :

« Considérant qu'il appartenait au Président de la République de prendre les mesures commandées par les circonstances en vue d'assurer, dans l'intérêt de la défense nationale, l'exécution de la loi, et de déterminer les conditions d'exercice du droit qui appartient au gouvernement depuis la loi du 4 avril 1839 de prononcer la mise à la retraite d'office des officiers généraux, alors que l'accomplissement des formalités prévues à l'article 1^{er} de la loi du 16 février 1912 était rendu impossible par les événements de guerre. »

Comme permettent de le comprendre de remarquables conclusions du commissaire du gouvernement M. CORNEILLE (*R. D. P.*, 1915, p. 479), le Conseil d'Etat a dégagé le principe de pouvoirs spéciaux confiés au gouvernement en temps de guerre. L'extension de ces pouvoirs n'en fait pas

cependant des pouvoirs dictatoriaux. C'est un régime légal que le Conseil d'Etat a défini et des limites sont fixées très précisément. Il faut tout d'abord que les circonstances intéressent la défense nationale, qu'elles rendent impossibles les formalités légales et enfin que le Parlement ratifie par un vote ultérieur la mesure purement provisoire que le Gouvernement a dû prendre. Ainsi l'arrêt du 25 février 1921 (*Société Le Centre électrique*, Rec. p. 233) (cf. sur tous ces points DUBOSC, *R. D. P.*, 1925, *Théorie des pouvoirs de guerre*).

Nous n'insisterons pas davantage sur la question des mesures de police envers les Français pendant la guerre. La théorie des pouvoirs de guerre qui les justifie est nettement à côté de la théorie des actes de gouvernement et seul le caractère d'intérêt national qui se trouve à leur origine nous a décidé à marquer leurs limites. Il fallait montrer la différence de ces situations puisque, dans l'une des hypothèses le Conseil d'Etat admet la recevabilité des recours et recherche les motifs, définissant ainsi le régime légal de l'état de guerre, et que, dans l'autre hypothèse, il se borne à une pure déclaration d'incompétence.

II. — POUVOIRS DE POLICE ENVERS LES ÉTRANGERS

La distinction entre les nationaux et les étrangers quant à l'opportunité de leur accorder des

recours contre les mesures de police manifeste sans doute un nationalisme un peu étroit. La suppression de tous rapports en temps de guerre avec les pays ennemis n'est pas une suppression juridique de leur existence. Dans l'état actuel de notre civilisation on ne peut douter que les étrangers, fussent-ils ennemis, conservent le droit de plaider devant les tribunaux français (1). Ce droit leur étant maintenu, devait-il comporter les mêmes garanties que du temps de paix ? C'est la question que nous allons nous poser en recherchant si les mesures de police envers les étrangers sont restées soumises aux mêmes limites que le Conseil d'Etat a précisées dans sa jurisprudence sur les pouvoirs

1. La question fut cependant discutée et la jurisprudence anglaise est absolument contraire. Il existe un article 23 h. du Règlement de La Haye du 18 octobre 1907 sur les lois et coutumes de la guerre sur terre qui prévoit : « qu'il est interdit de déclarer éteints, suspendus ou non recevables en justice les droits et actions des nationaux de la partie adverse ». Il semble bien que l'exercice des actions en justice par des sujets ennemis soit reconnu par ce Règlement mais la solution est discutée (cf. Politis, *R. D. I. P.*, t. XVIII, p. 249) La jurisprudence française est également divisée (Paris, 20 avril 1916. *D. P.* 1916.2 108, note Merignhac) mais la solution la plus libérale semble s'imposer.

Le principe général est que les particuliers ne sont pas bellicérants devant le droit international et que la guerre n'est qu'un conflit entre les Etats. Les droits qui tiennent à l'individu ne sont donc pas atteints par l'état de guerre. Les droits personnels des sujets ennemis ne doivent pas souffrir des relations belligérantes des Etats. La doctrine moderne fut cependant inspirée par un principe qu'on pensait anachronique, l'idée de la guerre, lutte des individus contre les individus, et les droits personnels ne furent pas toujours protégés, comme l'exigent les règles normales du droit international (cf. Fauchille, t. II, 1047), pendant la guerre de 1914-1918.

spéciaux de guerre ; contrôle élargi et très prudent, avons-nous dit, mais contrôle réel de l'activité gouvernementale de police envers les nationaux.

On peut distinguer dans la jurisprudence du Conseil d'Etat deux tendances différentes selon qu'il s'agit de recours intentés par des sujets ennemis, ou bien alliés ou neutres.

Lorsqu'un sujet ennemi est soumis à une mesure de police, le Conseil d'Etat se refuse à apprécier le recours qui lui est présenté. Parmi les arrêts anciens, nous citerons l'arrêt du 22 décembre 1905 Ramadiana (Rec. p. 967).

Nous ne voyons, en dehors même de toute considération d'intérêt national, empêchant d'admettre que le Conseil d'Etat puisse s'immiscer dans l'appréciation des motifs d'internement de sujets ennemis, aucune raison de critiquer cette jurisprudence du Conseil d'Etat car elle se conforme aux principes du droit international sur les pouvoirs de police des Etats vis-à-vis des sujets ennemis sur leur territoire (cf. FAUCHILLE, *Traité de Droit international public*).

Les publicistes anciens considéraient que les sujets ennemis pouvaient être arrêtés et emprisonnés (GROTIUS, lib. III, ch. IX, § 4). Mais la doctrine contemporaine se range plutôt du côté de VATTTEL et admet qu'on doit accorder un délai aux sujets ennemis pour se retirer avec leurs biens et d'autre part traiter avec modération ceux d'entre eux qui sont restés sur le territoire ennemi. Le

Gouvernement peut cependant prendre à leur égard les mesures que nécessitent les intérêts de sa défense et notamment les rassembler dans des camps de concentration, sur les points du territoire qui lui paraissent le mieux disposés pour assurer leur surveillance. Mais les pouvoirs du Gouvernement ne peuvent se restreindre à prévenir tout dommage en surveillant les sujets ennemis. Il conserve évidemment le droit de procéder à des expulsions individuelles que lui donne déjà la législation du temps de paix. Mais l'Institut de Droit international a même admis, dans un règlement adopté à Genève le 9 septembre 1892, l'expulsion en masse de tous les ressortissants de l'Etat ennemi. Cette mesure fut prise d'ailleurs le 28 août 1870 à l'encontre des sujets allemands dont on avait toléré jusqu'alors la présence. Pendant la guerre de 1914-1918 la situation fut moins claire. Un décret du 2 août 1914 laissait aux sujets allemands et austro-hongrois le choix entre quitter la France ou se concentrer loin des frontières dans le centre du pays où ils obtiendraient des permis de séjour mais ne pourraient circuler sans sauf-conduit. Dès le 1^{er} septembre, la sortie du territoire français fut interdite aux sujets allemands et accordée seulement sur demande individuelle par le ministre de l'Intérieur aux sujets austro-hongrois. Enfin furent internés dans des camps de concentration les sujets ennemis, mobilisables et suspects (cf. FAUCHILLE, *op. cit.*, n^o 1055 et les références). Les

mesures d'internement sont donc parfaitement licites en droit international actuel. Ce sont des mesures de sécurité, des actes de police administrative qui trouvent leur source dans les principes du droit des gens. Cette jurisprudence du Conseil d'Etat nous paraît donc inspirée de très bons principes juridiques et ne mérite pas d'être classée sous la théorie des actes de gouvernement.

La haute juridiction administrative n'a fait que consacrer des principes qui suppriment évidemment sa compétence. Il nous semble donc inexact de dire que les mesures de police envers les sujets ennemis sont des actes de gouvernement. Ce sont plutôt des actes que le droit international consacre sans préciser aucune règle légale qui permette de fournir une base de contrôle à l'appréciation juridictionnelle du Conseil d'Etat et faute de laquelle l'incompétence s'imposait.

Lorsque les mesures de police prises dans un intérêt de défense nationale s'appliquent à des sujets neutres ou alliés, la jurisprudence du Conseil d'Etat se révèle moins nationaliste. Elle n'a pas affirmé son incompétence aussi nettement que pour les sujets ennemis. Les principes à appliquer étaient assez délicats. Les auteurs se bornent en général à affirmer que les mesures de police envers les sujets neutres ou alliés ne sont susceptibles d'aucun recours et que le Conseil d'Etat a invoqué la théorie des actes de gouvernement, de même que pour

les mesures de police envers les sujets ennemis. Nous avons exposé que la jurisprudence du Conseil d'Etat sur ce dernier point pouvait s'expliquer autrement que par l'acte de gouvernement. Nous croyons également que c'est attacher une importance exagérée à un certain arrêt du Conseil que d'étendre la théorie de l'acte de gouvernement aux mesures de police envers les sujets neutres ou alliés.

C'est en effet l'arrêt du Graty, du 4 janvier 1918 (Rec. p. 5) qui se trouve à l'origine du débat :

Arrêt du Graty, 4 janvier 1918.

Considérant que par la décision attaquée, le ministre de l'Intérieur a prescrit l'internement dans un dépôt spécial pendant la durée des hostilités du sieur du Graty, sujet belge..., que cette décision relève de l'exercice du pouvoir qui appartient au Gouvernement, chargé de veiller à la sécurité du territoire de la France et d'assurer la défense nationale, de prendre en temps de guerre à l'égard des étrangers les mesures de police qu'il juge nécessaires, qu'elle n'est pas de la nature des actes qui peuvent être déferés au Conseil d'Etat... »

De cet arrêt, quelques auteurs ont déduit la renaissance de l'ancienne théorie des actes de gouvernement et se sont exprimés en termes fort nets contre cette jurisprudence. DUGUIT (*Traité op. cit.*, III, p. 695) la blâme ainsi : « ...la question est de savoir si le recours pour excès de pouvoir était recevable contre un pareil acte ou si, revenant à la

théorie régalienne des actes de gouvernement, on devait le déclarer non recevable en raison des motifs gouvernementaux qui avaient déterminé la décision. J'ai le regret de dire que c'est ce qu'a décidé le Conseil d'Etat...

J'aurais compris à l'extrême rigueur que le Conseil d'Etat, à raison des circonstances exceptionnelles dans lesquelles se trouvait le pays, déclarât le recours mal fondé. Mais je ne puis admettre qu'il le déclare non recevable et qu'il revienne ainsi à la théorie depuis longtemps condamnée des actes de gouvernement. Si la plus haute juridiction du pays ouvre ainsi une brèche dans le principe de légalité matérielle, on ne sait pas jusqu'où cela peut conduire. »

On ne peut nier que la décision du Conseil d'Etat ne consacre la théorie de l'acte de gouvernement, C'est l'un de ces arrêts très nets qui nous ont permis de dire au début de notre étude que le Conseil d'Etat avait l'idée de l'acte de gouvernement considéré comme acte administratif d'ordre supérieur et de nature incontrôlable. L'arrêt du Graty est tellement clair que sa seule lecture expose la question : « ... n'est pas de la nature des actes qui peuvent être déférés au Conseil d'Etat pour excès de pouvoir ». Convenons donc que l'arrêt du Graty est l'affirmation solennelle des actes de gouvernement. Mais est-il juridiquement fondé ?

Les faits étaient évidemment décisifs et le Gouvernement ne pouvait être blâmé. La situation de

ce sujet belge, condamné pénalement plusieurs fois par nos tribunaux, objet d'un arrêté d'expulsion que seule l'occupation de la Belgique par les Allemands ne permettait pas d'exécuter, n'était en rien intéressante. Mais le Gouvernement pouvait-il ordonner son internement, par mesure de police ?

Sans revenir plus longuement sur les principes du droit international que nous avons exposés, il faut cependant savoir qu'aucun texte ne donne aux Etats belligérants le droit de faire interner les sujets neutres dont la conduite ne leur semblerait pas inspirée de l'impartialité nécessaire. Sans doute l'Etat conserve toujours le droit de se défendre contre des menaces provenant de la présence sur son territoire de sujets neutres ; mais la mesure qu'il doit alors employer est l'expulsion. Par contre, l'arrestation et l'incarcération sont nettement en dehors de la compétence gouvernementale. Juridiquement la décision du Gouvernement était illégale.

Mais le Conseil d'Etat devait hésiter à proclamer cette violation de la loi à cause des circonstances spéciales de l'affaire. Il s'est donc résolu à affirmer qu'il y avait là acte de gouvernement. Ce n'est peut-être pas une solution juridique mais les faits permettaient difficilement d'annuler la mesure de police prise par le Gouvernement.

C'est par conséquent une pure décision d'espèce que le Conseil d'Etat a prise avec l'arrêt du Graty

et nous ne croyons pas devoir lui attribuer la valeur de principe que le Doyen DUGUIT et M. le Professeur JÈZE lui confèrent (*op. cit. Traité et Principes généraux*, p. 409)

« Le Conseil d'Etat a refusé d'examiner le recours formé par un étranger contre la décision d'internement. Il a opposé au requérant une fin de non-recevoir tirée de la théorie des actes de gouvernement. Il a déclaré que la décision d'internement d'un étranger en temps de guerre était un acte de gouvernement soustrait au contrôle juridictionnel. »

Mais l'arrêt du Graty ne fut pas le seul qui intervint sur la question. L'arrêt Wannieck du 5 novembre 1920 apporta une solution très différente. L'autorité militaire avait décidé que le maintien dans une poudrerie d'un sujet autrichien, engagé dans la Légion étrangère, présentait pendant la guerre des inconvénients pour la défense nationale et ordonné son transfert au dépôt du corps en Algérie.

Le Conseil d'Etat décida que l'internement du requérant Wannieck pendant 60 jours dans les prisons militaires de Lyon et Marseille sans information judiciaire, se rattachant aux difficultés exceptionnelles créés par les hostilités, n'était pas en dehors des pouvoirs de l'autorité militaire.

« Considérant que pour déterminer si les fautes relevées dans le fonctionnement d'un service public sont de nature à engager la responsabilité pécuniaire de l'Etat, il y a lieu pour le juge de

tenir compte tant de la nature des intérêts dont ce service a la charge que des difficultés particulières qu'il comporte et des circonstances exceptionnelles dans lesquelles son exécution peut avoir lieu ; qu'il en est ainsi des mesures que l'Administration a été amenée à prendre pendant la guerre pour la sauvegarde des intérêts de la défense du pays notamment à l'égard des étrangers regardés comme suspects par l'autorité militaire et ce alors même qu'ils auraient pris du service dans l'armée française et seraient encore sous les drapeaux ».

Voici des considérants dont on peut tirer une théorie bien différente et qui ne nous semble pas moins intéressante que la solution de l'arrêt du Graty. Le Conseil d'Etat n'a pas refusé dans cette affaire d'examiner la décision de police du Gouvernement, cependant la situation de fait est comparable à celle de l'arrêt du Graty. Dans les deux cas il s'agit d'internement prétendu arbitraire de sujets étrangers suspects. Si l'arrêt du Graty avait donc constitué une véritable décision de principe, la même solution s'imposait dans l'affaire Wannieck. Or le Conseil d'Etat n'a pas eu recours à l'idée d'acte de gouvernement, il n'a pas hésité à examiner l'affaire au fond. Sans doute l'arrêt ne critique pas une décision qui, dans la réalité, pouvait sembler arbitraire, mais il apporte une utile contribution à la définition des pouvoirs de police en temps de guerre.

De l'arrêt Wannieck nous pouvons déduire que

le Conseil d'Etat prend en considération deux sortes de motifs lorsqu'il apprécie les incursions de police en temps de guerre : les intérêts de défense nationale, et les circonstances exceptionnelles. Il faudrait donc, d'après le Conseil d'Etat, apprécier si les intérêts de la défense nationale nécessitaient la protection que leur apporte telle mesure de police, et en second lieu si les circonstances sont telles qu'aucun autre moyen n'était utilisable pour satisfaire ces intérêts.

Mais si nous arrivons à cette conclusion, il n'est plus besoin de faire de distinction entre les pouvoirs de police vis-à-vis des étrangers et vis-à-vis des nationaux. Les mêmes garanties de principe leur sont également accordées. Personne ne verra en effet d'objections à ce que le Conseil d'Etat reste plus prudent devant les mesures de police prises à l'égard d'étrangers en temps de guerre. La seule assurance que le Conseil d'Etat vérifiera l'existence des deux ordres de conditions que nous avons définies est une garantie suffisante de protection de la liberté individuelle. Et elle nous permet de croire à l'absence totale de l'idée d'acte de gouvernement dans cette matière des pouvoirs de guerre. Nous avons retrouvé dans les deux parties de ce chapitre la même tendance croissante à diminuer l'arbitraire en exigeant la réalisation des deux motifs de défense nationale et de circonstances exceptionnelles. Ce contrôle des motifs permet de saisir combien éloignées peuvent être la théorie des

actes de gouvernement et celle des pouvoirs de guerre.

Il serait d'autant plus regrettable de confondre pouvoirs de guerre et actes de gouvernement que, dans le premier cas, il y a ébauche de théorie juridique nouvelle, alors que la prétendue théorie des actes de gouvernement ne couvre que des faits dont la systématisation est impossible. La théorie des pouvoirs de guerre manifeste une tendance plus générale d'adaptation du droit aux faits. En d'autres matières que la police, le Conseil d'Etat a pu innover en décidant que les circonstances exceptionnelles devaient permettre de modifier des régimes légaux. Mais sur le sujet plus restreint qui nous a intéressé directement, nous avons précisé que le système des pouvoirs de guerre n'aboutissait en rien à tolérer des actes dictatoriaux qui échapperaient à tout contrôle du Conseil d'Etat. La haute juridiction administrative aurait annulé les décisions qui excédaient les pouvoirs augmentés qu'elle reconnaissait au gouvernement et que les circonstances graves, l'intérêt de la défense nationale n'auraient pas justifié.

Ce n'est donc pas une série de solutions de circonstances qu'a donnée le Conseil d'Etat. On a suggéré qu'elle avait une importance bien autre : « ...Cette conciliation du respect de la légalité et de l'idée de la responsabilité de la puissance publique avec la nécessité de satisfaire à des besoins nouveaux et très impérieux ne peut pas ne pas

avoir une influence sur l'évolution du droit public... elle aura la valeur d'une idée force... La « théorie » des actes de gouvernement a vécu. Il reste des actes de gouvernement. Mais ces derniers ne sont plus que comme des ruines du passé dans une cité nouvelle. La théorie des pouvoirs de guerre est un élément d'un aménagement nouveau de la cité... »

Si nous comprenons bien la pensée de M. A. Bosc (*R. D. P.*, 1926) les actes de gouvernement n'auraient jamais constitué qu'une solution bâtarde d'un problème grave : la conciliation des idées de défense nationale et de responsabilité du service public. C'est faire de l'idée d'acte de gouvernement le symbole de la raison d'Etat et M. Bosc s'inspire nettement ici des théories de M. le Professeur JÈZE. Nous devons renvoyer aux explications du chapitre final sur le sens que nous donnons à la théorie des actes de gouvernement. Mais il nous faut déjà protester contre cette appréciation de la théorie. On ne peut prétendre la juger en se plaçant du point de vue de la dernière jurisprudence du Conseil d'Etat. Théorie historique, s'expliquant par la progression des idées sociales et juridiques, il est impossible de la juger seulement au stade actuel et de la comparer avec une élaboration toute inspirée d'idées modernes comme la théorie des pouvoirs de guerre. Nous retiendrons seulement des idées de M. Bosc la question de savoir si les principes révélés par la juris-

prudence des pouvoirs de guerre ne seraient pas d'utile application pour les progrès à réaliser (car M. Bosc le reconnaît, « il reste des actes de gouvernement »), et nous reprendrons cette idée dans le chapitre dernier de la première Partie.

CHAPITRE VII

Les rapports internationaux et l'action diplomatique

Les pouvoirs du Gouvernement dans la direction des affaires internationales ont toujours été considérés comme plus étendus que dans la gestion des services publics ordinaires. L'activité diplomatique du Gouvernement est non seulement prépondérante par tradition, mais elle est affirmée par la loi constitutionnelle. L'article 8 de la loi constitutionnelle des 16-18 juillet 1875 décide : « Le Président de la République négocie et ratifie les traités. » L'initiative, comme la sanction, sont donc aux mains du Gouvernement qui apparaît ainsi comme libéré, dans une certaine mesure, des moyens de contrôle habituels. Sans doute l'article 8 prévoit-il certains cas où les traités doivent être votés par les Chambres (Traités de paix, de commerce, engageant les finances de l'Etat, etc...) mais ce qui est important, de notre point de vue, c'est que le Gouvernement reste libre d'engager ou de rompre ses négociations, que son action diplomatique en géné-

ral est protégée devant les Chambres par l'invocation du « secret de la diplomatie ».

Le secret de la diplomatie couvre à la fois les négociations diplomatiques et leurs résultats. Les Chambres ne peuvent exiger des renseignements précis sur les négociations en cours et, d'autre part les traités secrets ne sont pas encore du domaine de l'histoire (cf. JOSEPH-BARTHÉLEMY, *Démocratie et Politique étrangère*).

Nous sommes donc en présence d'une action gouvernementale qui doit satisfaire l'intérêt général du pays. A défaut de contrôle parlementaire, existe-t-il un contrôle juridictionnel, soit pour faire annuler les décisions que les intéressés jugent néfastes à leurs intérêts, soit pour en obtenir réparation.

Mais il faut bien apercevoir la physionomie très spéciale du service public diplomatique. Il est exceptionnel, en effet, que ce service entre en rapports directs avec les simples particuliers. Sa mission étant d'organiser les relations entre Etats, son activité propre ne devrait jamais mettre en cause les intérêts directs des individus. Sans doute ce service poursuit-il un but d'intérêt général, et en ce sens chacun est intéressé à ce qu'il accomplisse sa tâche correctement et sans erreurs. Il n'est indifférent à personne que nos relations diplomatiques avec tel pays soient habilement menées. Mais un simple particulier pris isolément ne peut se voir reconnaître le droit de faire contrôler l'action di-

plomatique parce qu'elle ne lui peut causer qu'un préjudice indirect et général. Aucun individu ne sera atteint spécialement par l'action diplomatique. Comment lui ouvrir dès lors un recours contentieux ?

Il y a là une situation comparable à celle d'un individu que la politique générale intérieure heurterait dans ses intérêts (politique protectionniste gêne un industriel spécialisé dans l'exportation). Mais comme il ne peut invoquer une mesure générale qui lui cause un préjudice pour se voir reconnaître un droit aux recours contentieux, il ne viendra à personne l'idée de lui conseiller un recours en indemnité au Conseil d'Etat. C'est exactement le même problème que pose l'action diplomatique ; par nature elle est étrangère aux individus. Si leurs intérêts sont atteints, c'est d'une façon générale qui ne justifie pas plus un recours que les dommages causés par une loi, dans l'état actuel de notre droit.

Un seul contrôle peut être envisagé contre l'action diplomatique ainsi conçue, celui des Chambres. Encore imparfait, il tend à s'exercer par le moyen des Commissions spécialisées du Parlement. Seules, les Chambres sont en mesure de vérifier si le service diplomatique suit une voie conforme aux intérêts du pays. Il n'y a point placé ici pour un contrôle juridictionnel.

Mais tous les actes des agents diplomatiques n'ont pas ce caractère de ne pas toucher aux inté-

rêts particuliers. L'action des services diplomatiques est complexe du fait même que ses attributions sont variées. Dans ce qui précède, nous n'avons entendu parler que de la véritable action diplomatique, à l'exclusion d'autres actes, accomplis par les agents des services diplomatiques, et cependant d'un caractère très différent. Ces actes peuvent, au contraire, être des mesures particulières visant spécialement des individus et pouvant leur causer préjudice (action des Consuls vis-à-vis des Français à l'étranger). Dans ces hypothèses un intérêt est directement et spécialement menacé. Un recours contentieux ne peut être refusé.

Toute la difficulté consiste donc à séparer l'action diplomatique et les actes administratifs ordinaires des services diplomatiques. L'action diplomatique ne comportera aucun recours contentieux, non pas parce qu'elle révèle des actes de gouvernement, mais parce qu'elle ne s'applique pas directement aux particuliers. Au contraire, on ne comprendrait pas la raison de protéger les actes administratifs des services diplomatiques dont le caractère n'est en rien changé et ne comporte aucune protection naturelle contre les recours contentieux.

En vérité, il n'y a dans aucune de ces deux catégories d'actes de gouvernement. Si l'action diplomatique échappe au contentieux, nous en avons exposé la raison : il n'y a pas de contentieux parce que les recours sont par nature individuels et qu'ici

les individus ne peuvent être touchés. Et en second lieu, il n'y a pas d'actes de gouvernement lorsque les services diplomatiques entrent en rapports avec les particuliers parce qu'ils font en cette occasion des actes administratifs ordinaires.

Telle est l'idée dominante qui nous conduira, dans ce chapitre, à rechercher et à préciser l'action du service public diplomatique et ses conséquences.

Nous éliminerons en tête de ce chapitre un certain nombre d'actes qu'on a trop souvent confondus avec les actes diplomatiques, bien qu'ils ne comportent aucun caractère semblable et ne se justifient en rien par les mêmes idées.

Nous étudierons ainsi les recours contre des mesures d'expulsion, d'internement, de saisie de navires qui ne sont pas des actes diplomatiques, mais parfois rangés par les auteurs sous la même rubrique.

On a souvent confondu avec les actes diplomatiques, les mesures de police prises pendant la guerre, les décisions prises contre les étrangers, ennemis ou neutres, et les mesures à l'encontre des Français. Nous avons exposé que les mesures contre les nationaux ne rentrent en aucune façon dans les actes de gouvernement (Legrand, 29 juillet 1925, p. 747). S'il fallait invoquer ici une théorie pour expliquer ces mesures, ce serait la théorie des pouvoirs de guerre développée par M. le Professeur JÈZE (cf. notre chapitre 6).

Par contre, les mesures d'expulsion ou d'internement prises contre des étrangers ont été considérées par le Conseil d'Etat comme actes de gouvernement. On reconnaît là son souci de laisser toute liberté au Gouvernement en matière diplomatique. Mais sa jurisprudence fut semblable pour les mesures contre des neutres (arrêts du Graty et Gottlieb ; cf. notre chapitre précité). Aucune garantie n'est admise contre l'exercice du pouvoir gouvernemental en temps de guerre. Mais il est inutile de faire ici appel à l'acte de gouvernement. Il aurait suffi de dire que la guerre donnait au Gouvernement le pouvoir d'internement vis-à-vis des suspects, en étendant la théorie des pouvoirs de guerre, qui sauvegarde le contrôle juridictionnel des motifs de défense nationale que le gouvernement invoque. Au lieu que, par la fin de non-recevoir, le Conseil d'Etat consacre ce même pouvoir d'internement et de façon plus arbitraire, puisque sans aucun recours.

Rappelons simplement cette idée que les mesures quelconques prises à l'égard des étrangers pendant la guerre n'ont jamais mis en question les pouvoirs diplomatiques de l'Etat français. Il ne peut être invoqué de fin de non-recevoir contre des recours fondés sur ces mesures, en soutenant que ce sont des actes diplomatiques. Une seule théorie les explique, celle des pouvoirs de guerre, nous l'avons exposée en son temps et n'y reviendrons pas.

La guerre n'atteignait pas que les personnes et d'innombrables recours furent aussi intentés au sujet des opérations de guerre maritime. Toutes les affaires de saisie, déroutement de navires, portées devant le Conseil d'Etat, furent jugées par une même formule dont l'arrêt *Compagnie Van den Bergh* fournira un exemple.

Compagnie Van den Bergh's Limited c/ ministre Marine (3 mars 1922, p. 189). Demande d'indemnité pour saisie de marchandises à bord de navires.

« Considérant que les difficultés qui ont donné lieu au pourvoi de la Compagnie sont exclusivement relatives à l'exercice par le Gouvernement du pouvoir qui lui appartient de prendre, pendant la durée des hostilités, à l'égard des navires neutres, les mesures de police qu'il juge nécessaires à la défense nationale ; qu'elles se rattachent donc tout à la fois à la conduite de la guerre et aux rapports internationaux de l'Etat français avec les autres puissances, et qu'à ce double titre, elles échappent à la compétence du Conseil d'Etat statuant au contentieux. » Rejet.

(Dans le même sens : *Albyn Line Limited*, 5 juillet 1919, p. 594, déroutement et immobilisation de navires. — *Internationale Crediet en Handels Vereeniging*, 7 août 1920, p. 869, saisie de marchandises en mer. — *Sieurs Pithis et Dallas*, 6 mai 1921, p. 450, perte de navire étranger. — *Sieurs Framjéons and Cie*, 30 décembre 1921, p. 1134, réparation de dommages de guerre. — *De Poorter*, 2 juin

1922, p. 498, retard de navires. — Consorts Lichiaropoulos, 30 novembre 1922, p. 793, saisie de navire. — The Ocean Steamship Cie of Savannah, 29 juin 1923, p. 534, réparation de dommages de guerre. — Compagnie royale Néerlandaise de navigation à vapeur, 7 février 1925, p. 132, arrêt en mer et déroutement de navires. — Sieur Elimeleh Sachs, 7 février 1925, p. 133, saisie de marchandises. — Archipelago American Steamship Company, 16 décembre 1927, p. 1217, annulation de contrat avec la Compagnie par le ministre de la Marine. — Société commerciale bulgare de Navigation à vapeur, 16 mai 1928, p. 638. — Sieur Mermingha, 27 juin 1928, p. 826. — Sieur Culucundis, 1^{er} mai 1929, p. 240.

Mais au lieu d'invoquer la théorie de l'acte de gouvernement, le Conseil d'Etat aurait pu justifier cette fin de non-recevoir par une considération plus juridique ; les règles du droit international maritime, en effet, autorisent la saisie et le déroutement des navires, par les navires de guerre. Mais le Conseil d'Etat, nous le verrons, ne veut en aucune façon justifier ses décisions par des sources de droit international, et s'en tient à une incompétence définitive pour tout ce qui lui semble toucher aux rapports internationaux.

Mais, si même l'on ne voulait pas invoquer plutôt la théorie des pouvoirs de guerre, il faut cependant dire qu'il n'y a pas vraiment action du service public diplomatique. Si, de l'ensemble des décisions

citées, nous cherchons à dégager quelques idées, il est bien certain que, seule, la formule de rejet des recours est critiquable. Mais le principe doit être approuvé. Le droit international public a dégagé, en effet, des règles précises en matière de saisie de navires ou marchandises, déroutement ou retard de transports, qui doivent être appliquées. Or ces règles donnent aux Etats belligérants des droits très nets sur le contrôle de la navigation. Il suffirait donc de les invoquer pour faire écarter les recours contre les mesures spéciales que nous étudions. Cette solution aurait une tenue juridique plus sûre que la formule : « touchant aux rapports internationaux et à la conduite de la guerre ». Les décisions d'incompétence du Conseil d'Etat correspondent aux nécessités de la défense nationale, mais elles ne doivent pas être confondues avec les actes de gouvernement. Ce ne sont pas ces actes arbitraires qu'inspire la seule raison d'Etat, mais des actes reconnus licites par les règles bien établies du droit international maritime.

Les recours sont donc, en droit, impossibles, mais le Conseil d'Etat n'a pas voulu invoquer de principes de droit international. Il disposait ainsi d'un procédé cependant excellent pour repousser les demandes d'indemnité. Il exige une faute, en effet, pour pouvoir réclamer une indemnisation. Or l'Etat, ayant le droit d'arrêter, saisir ou dérouter des navires en temps de guerre, n'a pas commis de faute, et ne peut être soumis à des réclamations

pécuniaires. Il semble que l'idée effleure quelques décisions du Conseil d'Etat, notamment deux arrêts : l'arrêt *The Ocean Steamship Company of Savannah* du 29 juin 1923 (p. 534) et l'arrêt *Sieurs Framjée sons and Cie* du 30 décembre 1921 (p. 1134). Le Conseil d'Etat, dans ces deux arrêts, relève le fait qu'on réclame la réparation de dommages de guerre non prévus par les lois ; il manque donc un texte à la base de la demande. Signalons en passant combien il serait exagéré de ranger de telles décisions d'incompétence dans la catégorie des actes de gouvernement, et combien l'idée de raison d'Etat est oubliée. Mais ce qui importe surtout, c'est le côté d'argumentation juridique fourni dans ces deux décisions. L'effort en est curieux, car le principe général de notre droit administratif étant la responsabilité pour faute du service public, il semble que ce soit plutôt du côté de la question de faute qu'auraient dû s'orienter les recherches du Conseil d'Etat.

Il nous semble, en définitive, que ces actes tolérés par le droit international auraient dû être rattachés aux principes de ce droit plus clairement, ce qui eut évité de les ranger dans la catégorie des actes de gouvernement où ils n'ont certes que faire.

*
* *
*

C'est à l'action des services diplomatiques que nous allons nous attacher maintenant en cherchant

à préciser comment la jurisprudence du Conseil d'Etat en définit les limites. Puis nous rechercherons si ces limites peuvent s'expliquer par l'idée que nous avons exposée au début de ce chapitre, de la différence à établir entre l'action diplomatique véritable et les actes administratifs ordinaires des agents diplomatiques.

La protection du service diplomatique a longtemps été réalisée de façon absolue par la fin de non-recevoir habituelle : « Considérant que les questions soulevées se rattachent à l'exercice des pouvoirs du Gouvernement français dans ses rapports avec l'étranger ; que ces questions ne sont pas de nature à être portées devant le Conseil d'Etat par la voie contentieuse... » Ainsi l'arrêt époux Olszenski du 12 mai 1911 (p. 551) ; après une arrestation arbitraire, le Gouvernement français refuse aux intéressés de demander au Gouvernement italien réparation du préjudice causé (perte de situation).

On ne considérait en aucune façon le caractère de la décision prise par un fonctionnaire diplomatique ; la seule personnalité de l'auteur importait, nouvelle et extraordinaire prérogative des diplomates qu'aucun article de Constitution n'avait osé prévoir. Les progrès parallèles de la théorie de la responsabilité de la puissance publique eurent un effet certain sur les actes de gouvernement.

On abandonna tout d'abord le critérium purement formel de l'auteur de l'acte et au lieu de protéger le diplomate, le Tribunal des Conflits chercha

à préciser la nature des actes diplomatiques. Lorsqu'un agent diplomatique agit comme juge, arbitre, officier de l'état-civil, notaire, c'est le régime juridique ordinaire de ces fonctionnaires qu'on lui applique, ses fonctions diplomatiques ne pouvant avoir aucune influence sur les actes qu'il accomplit en suivant des règles extérieures au service diplomatique. Il n'est plus diplomate, mais juge ou notaire. On admettra donc que ses actes soient soumis au contrôle juridictionnel des tribunaux judiciaires, comme le seraient les actes d'un notaire, huissier, officier de l'état civil. Arrêt Rouzier du 25 mars 1911, p. 400 avec les conclusions de M. CHARDENET, commissaire du gouvernement.

« Considérant que dans le cas prévu par l'article 48 du Code civil, les agents diplomatiques agissent comme officiers de l'état civil, que, lorsqu'ils célèbrent un mariage, l'acte qu'ils reçoivent est donc essentiellement civil quant à son objet et quant à sa forme ; que, par suite, en cas de faute par omission ou autrement lors de la réception de l'acte, l'action en dommages-intérêts, à laquelle cette faute peut donner lieu contre eux est de la compétence de l'autorité judiciaire ; qu'il en est de même par identité de motifs lorsqu'ils refusent de le recevoir ; qu'il importe peu, quand, comme dans l'espèce, l'intervention de l'agent diplomatique n'est pas contraire aux clauses d'un traité et que son office n'est pas interdit par la législation locale, que le refus opposé aux parties puisse être

inspiré par des considérations d'ordre diplomatique ; qu'en admettant que, en ce cas, l'agent eût pu encourir une responsabilité, cette responsabilité ne peut être appréciée que par l'autorité judiciaire... »

Arrêté de conflit annulé.

De même un arrêt Davin du 23 juin 1928, p. 787.

Un Chancelier de légation omet de vérifier si un jugement de partage a été publié avant de dresser l'acte de liquidation : ce n'est pas une faute de service engageant la responsabilité de l'Etat, l'acte n'ayant aucun caractère administratif.

Mais l'évolution ne s'arrêta pas à ce point ; l'acte diplomatique n'était pas d'ailleurs nettement défini. On ne pouvait pas admettre, en effet, que le diplomate fait des actes de gouvernement chaque fois qu'il agit dans le cadre de son rôle de représentant du Gouvernement à l'étranger, c'eût été lui laisser la liberté absolue d'action.

C'est bien cependant ce que soutient officiellement le Ministère des Affaires étrangères. Cette thèse fut exposée ainsi (cf. *Revue du Droit public*, 1911, p. 672) : Un agent diplomatique est mandataire de son Gouvernement ; il a un pouvoir propre de décision et en prenant une décision motivée par des considérations d'ordre diplomatique, il accomplit un acte de gouvernement. L'action gouvernementale est incompatible avec toute autre action. Le contrôle gouvernemental est exclusif de tout autre contrôle.

Cette théorie conduit à l'irresponsabilité complète des agents diplomatiques et à celle de l'Etat à raison de leurs actes. C'est pourquoi son champ d'application se restreint. Dès l'affaire Rouzier, M. CHARDENET affirmait qu'il n'y a pas acte de gouvernement. Et c'est l'évidence même. La prérogative diplomatique ne doit pas couvrir l'homme, mais la fonction. Si l'on admet que les services de la diplomatie exigent une certaine irresponsabilité du diplomate, la première nécessité est de restreindre ce privilège aux seuls services diplomatiques qu'il peut rendre. Mais il faudrait voir plus loin et distinguer jusque dans l'action diplomatique ce qui comporte ou non le privilège de l'irresponsabilité.

Nous ne croyons pas cependant que la jurisprudence du Conseil d'Etat soit fermement décidée, à l'heure actuelle, à contrôler les motifs et à juger les résultats de l'action purement diplomatique du service public, mais il nous semble voir dans quelques arrêts l'indication d'un contrôle futur. Le Conseil d'Etat a examiné plusieurs recours contre des agents diplomatiques sans opposer l'acte de gouvernement ; il a toujours rejeté le recours, il faut le reconnaître, mais pour des raisons de fait.

Dame Ramiadana, 22 décembre 1905, p. 967. Exil de rebelle et saisie de ses biens : cette décision est inattaquable, mais les faits qui dépassent l'exécution normale peuvent être déférés au Conseil d'Etat ;

« Considérant que si la décision du 15 octobre 1896 qui a prononcé la saisie des biens du sieur Ramitahina constitue un acte souverain non susceptible de recours par la voie contentieuse, aucune fin de non-recevoir ne saurait être opposée à la discussion de faits qui excéderaient l'exécution normale et régulière de ladite décision. »

Bastide, 31 mai 1918, p. 525. Expulsion d'un Français de Perse et non protection contre son arrestation. — Requête examinée pour l'expulsion, non pour le défaut de protection qui serait à proprement parler une faute du service public diplomatique et que le Conseil d'Etat ne veut pas examiner.

Taizon, 26 mars 1924, p. 330. Responsabilité du ministre des Affaires étrangères pour perte de documents. Le Conseil d'Etat examine l'affaire.

Dame Veuve Lautier, 14 novembre 1923. Le Consul de France à Odessa est-il responsable de la perte de valeurs à lui confiées ? Le recours est examiné.

Sieur Arnaud, 24 décembre 1926, p. 1149. Il s'agit d'« instructions du Gouvernement à ses représentants en Chine et au Japon » ; elles ne sauraient engager la responsabilité de l'Etat vis-à-vis des tiers, et ne peuvent servir de base à un recours contentieux. Donc pas d'acte de gouvernement, il n'y avait pas décision engageant l'Etat simplement. Le Conseil d'Etat a examiné le recours.

Sieur Arnaudon, 8 avril 1927 (p. 458). Recours

contre une décision de rejet par le ministre des Affaires étrangères d'une demande d'indemnité (perte d'un matériel de cinéma à Constantinople en 1909) pour fautes commises par les agents diplomatiques et consulaires en ce qui touche à la constatation du dommage ou au règlement de la créance auprès du Gouvernement turc.

L'affaire Couitéas nécessitera des développements assez importants car elle a pris une place prépondérante dans le domaine des actes de gouvernement. On peut se demander tout d'abord si l'arrêt Couitéas est un arrêt sur les actes de gouvernement. Sans doute, le range-t-on habituellement dans cette catégorie, mais nous verrons si son caractère exact est bien tel. D'autre part, il se présente comme un arrêt de principe rompant avec la jurisprudence antérieure, non seulement parce qu'il admet la recevabilité d'un recours contre un prétendu acte de gouvernement, mais aussi parce qu'il affirme l'obligation pour l'Etat de réparer les dommages que son activité a pu causer, même sans faute.

Ce sont ces points successifs que nous chercherons à établir, après un exposé des faits.

La note de M. le Doyen HAURIOU (Rec., t. I, p. 709) retrace de façon complète et parfaitement claire l'origine de l'arrêt Couitéas. Nous en résumerons l'essentiel.

Il faut signaler, en premier lieu, que l'affaire Couitéas contenait l'ébauche d'un scandale politique que l'on orienta vers le contentieux adminis-

tratif pour ne pas en être réduit à tolérer un procès politique. Cela permettra peut-être de mieux saisir pourquoi le Conseil d'Etat fut amené à donner une solution à un litige qu'on voulait voir enfin liquidé.

Le sieur Couitéas avait acquis des terrains dont l'origine de propriété était en 1731 une donation de biens faite par le Bey de Tunis à un marabout. Cette donation était-elle valable ? Les tribunaux musulmans pouvaient seuls le dire. Couitéas évita le danger en se mettant en possession du domaine, malgré les incursions de nomades sur ses biens, auxquels il opposa même des gardes personnels. Pour mettre fin à ces luttes, l'autorité administrative suggéra et organisa un arbitrage qui, en diminuant les biens de Couitéas garantissait par contre la validité de ses droits sur les terrains à lui laissés. C'est alors que l'Administration prenant part aux débats, ouvrit l'ère des réclamations possibles contre l'Etat français.

Le Crédit Foncier d'Algérie et Tunisie, confiant dans l'arbitrage, ouvrit à Couitéas un certain crédit et devint ainsi son ayant-cause. Mais le résident général fut remplacé et devant l'agitation persistante des tribus son successeur annula l'arbitrage de 1904. Il y avait là à n'en pas douter une faute de l'Administration dont M. HAURIOU dévoile le caractère curieux et politique purement (*op. cit.*, p. 711).

Par deux jugements du 13 février 1908, le Tribu-

nal de Sousse ordonna que le sieur Couitéas fût maintenu en possession des terrains où les tribus s'étaient installées après l'arbitrage et qu'elles seraient expulsées. Mais Couitéas ne put jamais obtenir l'exécution de ces jugements, le général compétent se refusant à employer la force armée malgré les réquisitions légales.

C'est ce refus d'exécution d'un jugement qui fournit l'occasion du recours du sieur Couitéas devant le Conseil d'Etat, après des vicissitudes de procédure sur lesquelles nous ne pouvons nous arrêter (HAURIOU, *op. cit.*, p. 713).

Est-ce là tout d'abord un acte de gouvernement ? M. HAURIOU semble admettre que la fin de non-recevoir eût été logiquement possible : « nous sommes dans un pays de protectorat ; le maintien de l'ordre public n'est plus uniquement affaire de droit interne, il est affaire, au moins pour partie, de relations extérieures avec le protégé... » Le Gouvernement s'étant engagé devant le Parlement à ne pas arrêter l'affaire en invoquant l'acte de gouvernement, la question n'est pas résolue par l'arrêt.

Mais, en réalité, il n'y a pas là d'acte de gouvernement. La mise en œuvre des jugements est une activité très normale des services publics. Dans un pays de protectorat où elle est confiée à l'autorité française, il n'y a absolument aucune question de relations extérieures à invoquer (cf. la distinction

très habile du Conseil d'Etat entre les services français et les services locaux dans sa jurisprudence sur les mandats, p. 163). M. RIVET, Commissaire du Gouvernement, a d'ailleurs bien marqué qu'il ne s'agissait pas d'actes de gouvernement.

Bien que ne considérant pas l'arrêt Couitéas comme un recours contre un acte de gouvernement, nous croyons qu'il faut lui faire place parmi les décisions sur ces actes spéciaux. Il ne prouve pas que les recours soient possibles contre les actes de gouvernement puisqu'il ne comporte qu'un acte administratif ordinaire et d'ailleurs toute la jurisprudence postérieure, qui lui est contraire, suffirait à prouver que la théorie des actes de gouvernement n'a pas été atteinte par cet arrêt.

Mais l'arrêt Couitéas a ouvert la voie à une appréciation juridictionnelle des actes de gouvernement. Il décide, en effet, que ce refus d'exécution de jugement n'est pas une faute de l'Administration et cependant le Conseil d'Etat reconnaît un droit à indemnité :

« ... le préjudice qui peut résulter du refus d'exécuter le jugement (bien que ce refus soit excusable) ne saurait, s'il excède une certaine durée, être regardé comme une charge incombant normalement à l'intéressé, et qu'il appartient au juge de déterminer la limite à partir de laquelle il doit être supporté par la collectivité. »

Il y avait donc là un progrès fort intéressant de la responsabilité pour risque. Une indemnité est

accordée à un individu qui subit un préjudice anormal de la part de l'Etat, pour rétablir l'égalité des particuliers devant les charges publiques.

Si la jurisprudence de l'arrêt Couitéas avait fait école, on pourrait s'attendre à voir admettre les recours en indemnité contre de nombreux actes de gouvernement. Certains actes diplomatiques causent un préjudice anormal aux particuliers sans qu'il y ait faute cependant ; ainsi, lorsqu'une absence de protection diplomatique, motivée par les circonstances, a causé un préjudice à un Français à l'étranger, on pourrait se demander si les recours en indemnité ne seraient pas admis, puisqu'il y a préjudice anormal.

Mais depuis l'arrêt Couitéas, le Conseil d'Etat n'a pas marqué le désir de restreindre la théorie des actes de gouvernement en admettant les recours en indemnité. On cite parfois l'arrêt Arnaud (24 décembre 1926, p. 1149) que nous avons déjà étudié. Mais le Conseil d'Etat, lorsqu'il déclare que les instructions ministérielles ne sont pas opposables par les tiers, ne fait que reprendre sa jurisprudence bien établie sur cette question. Et rien ne peut faire prévoir qu'il ait décidé, s'il y avait eu un acte formel du Gouvernement, que le recours était possible. Tous les arrêts postérieurs à l'arrêt Couitéas sont des décisions de rejet des recours.

Nous ne croyons donc pas que l'arrêt Couitéas permette de dire que le Conseil d'Etat s'engagera dans un proche avenir dans la voie d'admettre des

recours en indemnité contre les actes de gouvernement. Il semblerait bien plutôt qu'il établit, à côté des actes de gouvernement classiques, une nouvelle catégorie d'actes dont l'annulation est impossible pour la juridiction administrative.

Il existerait des actes de l'Etat touchant aux nécessités vitales du pays et qui doivent pour cette raison même échapper à l'annulation du Conseil d'Etat. Cela peut être dégagé, en effet, des conclusions de M. RIVET, commissaire du gouvernement, dans l'arrêt Couitéas et de la note de M. HAURIOU :

« C'est là le moyen de défense tiré des nécessités vitales du pays. Le Président de la République... a estimé qu'une raison majeure s'opposait à sa mise en action et a, à titre exceptionnel, suspendu l'effet de la formule exécutoire apposée en son nom sur la grosse du jugement. » (Conclusions de M. RIVET).

« Il s'agit donc bien de la résurrection de l'ancienne raison d'Etat, écrit M. HAURIOU ; on l'appelle maintenant nécessités vitales du pays ; nous préférons lui donner le nom moins dangereux de légitime défense de l'Etat, parce que ce nom rappelle au moins qu'il faut que l'Etat ait à se défendre contre un péril actuel pour que le pouvoir exécutif soit ainsi *lege solutus*... »

Il faut bien voir que l'acte de légitime défense n'est pas un acte de gouvernement. Il sera examiné au fond pour rechercher s'il y a bien exactement

légitime défense et en cette hypothèse seulement le recours sera rejeté.

Il est peut-être dangereux de suivre M. HAURIOU sur ce terrain. Il suffisait de reconnaître dans les actes de gouvernement une survivance de la raison d'Etat, choquante dans notre droit actuel. Pourquoi créer une autre catégorie d'actes arbitraires qui, aux yeux non avertis, se confondront trop facilement avec les actes de gouvernement pour constituer un groupe indépendant du contrôle juridictionnel.

En réalité, ce que l'arrêt Couitéas exprime, c'est un ensemble de circonstances de fait entourant une décision de l'Etat ; il définit le milieu où s'est développée la décision, mais il ne crée pas d'actes de légitime défense. Cela n'est pas un caractère objectif, la légitime défense, c'est une situation de fait. Et l'intérêt de raisonner ainsi consiste à écarter le soupçon de raison d'Etat pour ces actes nouveaux. La légitime défense n'est pas la raison d'Etat parce que c'est un juge qui apprécie s'il y a légitime défense tandis que c'est le Prince qui décide de la raison d'Etat. Il y a donc un contrôle de la légitime défense.

Ce n'est pas, avons-nous dit, autre chose que l'ensemble de faits entourant la naissance d'un acte. Il y a donc une idée juridique déjà bien établie à invoquer avant de créer des actes de raison d'Etat : les actes de légitime défense manifestent simplement la reconnaissance du pouvoir discrétion-

tionnaire de l'Administration pour apprécier les nécessités et l'opportunité de son action. Lorsque l'Administration a un pouvoir discrétionnaire, le Conseil d'Etat ne peut contrôler l'opportunité de la décision prise. Dans la plupart des cas d'actes de légitime défense, nous trouverons que l'Administration ayant en réalité un pouvoir discrétionnaire, il n'était pas possible pour la juridiction administrative d'en contrôler l'usage.

Sans doute l'arrêt Couitéas ne peut-il rentrer dans cette explication. L'exécution des jugements ne comporte aucun pouvoir discrétionnaire, elle est obligatoire pour l'Administration. Mais l'arrêt Couitéas, s'il donna naissance aux actes de légitime défense, ne resta pas le seul exemple jurisprudentiel.

Au S., 1929, III, p. 129 se trouvent réunis deux arrêts du Conseil d'Etat, qui touchent très nettement à la légitime défense de l'Etat.

L'arrêt Gros du 22 mars 1929 intervint dans les conditions suivantes : un agent des postes et télégraphes en Algérie se consacrait à une propagande anti-française, le Gouverneur général le remit à la disposition du ministre. Ce n'était pas une mesure disciplinaire mais une décision de caractère gouvernemental, aucune faute ne pouvant être reprochée à l'agent.

Cependant, ce n'est pas un acte de gouvernement, le Conseil d'Etat a d'ailleurs examiné le

recours au fond et contrôlé la légalité de la décision.

Le second arrêt, reproduit à la suite de l'arrêt Gros, fournit un second exemple de cette situation (Le Roy d'Etiolles, 20 mai 1927). Un officier a été rapatrié à cause de ses relations avec les réformistes chinois :

« Le ministre, déclare le Conseil d'Etat, a agi dans l'exercice de ses attributions, en vue de l'intérêt général, de la sécurité de la colonie, et de ses rapports avec un Gouvernement étranger. »

Dans cette affaire encore, il n'est pas question d'acte de gouvernement. Les rapports entre le Gouvernement français et la Chine ne sont qu'indirectement touchés par les simples opinions d'un capitaine d'artillerie coloniale et il n'y avait aucun moyen réel d'invoquer la théorie de l'acte de gouvernement.

Mais dans ces deux arrêts on retrouve l'idée de M. HAURIOU de légitime défense de l'Etat. Il s'agit d'assurer la sécurité de l'Etat, dans l'ordre interne et d'écarter le contrôle juridictionnel, de même que l'acte de gouvernement protège l'activité de l'Etat dans les relations internationales.

Dans sa note au Sirey sous ces deux arrêts, M. le Professeur MESTRE constate : « Aux actes de gouvernement, soustraits par nature à tout examen contentieux, se juxtapose donc une série nouvelle de décisions que l'on pourrait qualifier de mesures de sécurité nationale et qui sont soumises à l'exa-

men contentieux du Conseil. Désormais, il n'est plus vrai de dire que tous les actes gouvernementaux échappent d'une façon absolue au contrôle juridictionnel. »

M. MESTRE, se rangeant ainsi au nombre des partisans de M. le Doyen HAURIU, a bien marqué cette idée que la sécurité intérieure autorise l'Etat à prendre des décisions qui échappent au contrôle du Conseil d'Etat. Mais nous avons montré le danger que présentait cette nouvelle catégorie d'actes de légitime défense et de la confusion possible avec les actes de gouvernement.

Or tous les actes de légitime défense restent des actes administratifs légaux et le Conseil d'Etat conserve le droit de vérifier cette légalité. Ce ne sont donc pas des actes en dehors du droit. Tous les moyens ordinaires de contrôle des actes administratifs sont conservés ; le Conseil d'Etat vérifiera si l'acte observe bien les formes et les conditions légales, s'il rentre dans la compétence de l'autorité qui l'a pris, et enfin s'il y avait réellement légitime défense de l'Etat.

Que reste-t-il alors de ces actes de légitime défense et est-il nécessaire d'en faire une catégorie à part ? Il semble préférable de considérer simplement ces actes comme manifestant le pouvoir discrétionnaire de l'Administration. Il n'y a pas de contrôle de l'opportunité de ces actes, c'est ainsi que se résument les deux arrêts précités. L'arrêt Couitéas est intervenu dans des conditions

trop complexes et où l'élément juridique ne dominait pas ; il est impossible d'y voir l'affirmation de l'existence d'une catégorie d'actes de légitime défense. Cela n'exprime qu'une circonstance de fait que l'Administration doit pouvoir apprécier librement et la théorie du pouvoir discrétionnaire suffit à l'expliquer. Tout ce qui est appréciation de l'opportunité doit échapper au contrôle juridictionnel, le caractère de légitime défense reste donc librement décidé par l'Administration, mais l'acte subira le contrôle de légalité.

Quant à l'arrêt Couitéas, décision sur la responsabilité, nous croyons qu'il manifeste l'adaptation du droit à une situation inéquitable et l'application d'un principe d'égalité devant les charges publiques qui pousse actuellement au développement de la responsabilité pour le risque occasionné par l'activité des services publics.

De cette suite d'arrêts, nous voyons que le Conseil d'Etat n'a plus jamais, comme dans l'arrêt Olszenski, invoqué l'acte de gouvernement pour déclarer la requête irrecevable : chaque fois il a cherché si les faits considérés étaient suffisants pour fonder la responsabilité du service, et s'il n'accorde la réparation que dans l'arrêt Couitéas, il n'en reste pas moins que nous avons un contrôle réel des actes diplomatiques, sinon en eux-mêmes, du moins dans leurs conséquences dommageables. Le Conseil d'Etat marque toujours, en effet, son refus obstiné d'apprécier l'acte diplomatique lui-

même, le refus de protection (Arnaudon, Bastide) réservant son contrôle sur les conséquences de l'acte. Et c'est déjà, nous semble-t-il un progrès intéressant. Le recours en indemnité sera peut-être un des moyens les plus efficaces de limiter la théorie de l'acte de gouvernement.

Admettons que l'attitude du service diplomatique soit intangible, que ses actes ne puissent être encore appréciés du point de vue de la légalité. Mais l'Etat réparera les conséquences dommageables de son activité. Le Conseil d'Etat n'examinera pas l'acte comme pouvant être une faute de service puisque, *a priori*, il ne peut y avoir faute du service public diplomatique. Accordons cette présomption irréfragable d'innocence. Mais si l'acte cause à un individu un préjudice spécial et anormal (telles sont les deux conditions que le Conseil d'Etat exige) une indemnité serait versée. Si l'on opposait que c'est là développer outre mesure la théorie du risque, l'arrêt Couitéas appuierait cette proposition car cet arrêt précise qu'il n'y a eu aucune faute, et il répare le préjudice subi. Un individu est sacrifié à la raison d'Etat, l'équité veut qu'il soit dédommagé.

Tel sera, nous semble-t-il, un des progrès futurs de la théorie de l'acte de gouvernement ; le développement du recours en indemnité mais en sauvegardant l'impunité de l'acte diplomatique en lui-même, l'action restant discrétionnaire et ses résultats contrôlables.

L'exposé de la situation et des idées jurisprudentielles étant ainsi terminé, pouvons-nous justifier et appuyer par les décisions du Conseil d'Etat l'idée d'une distinction nécessaire dans l'action des services diplomatiques.

Il faut bien reconnaître que cette distinction n'est pas celle du Conseil d'Etat. Autant qu'on puisse établir un classement théorique des décisions d'une juridiction qui manifeste la plus grande répugnance à la théorie, le Conseil d'Etat n'a pas cherché à distinguer vraiment dans les actes des services diplomatiques. Pour lui, il y a deux choses simplement : le diplomate agissant comme tel et le diplomate agissant dans l'une des diverses fonctions que lui a confiées la loi.

S'il faut convenir de la parfaite exactitude de cette division qui semble reproduire exactement notre critérium, l'idée directrice n'en est cependant pas la même. Pour le Conseil d'Etat, l'action diplomatique se traduit par des actes de gouvernement. Pour nous, c'est une action qui ne peut créer d'intérêts particuliers, ce qui explique l'impossibilité de recours contentieux dans cette hypothèse seulement.

Prenons même l'exemple du refus de protection diplomatique où il semblerait que l'idée d'absence d'intérêts particuliers soit particulièrement inexacte. Le Conseil d'Etat dit : « le refus de protection diplomatique est un acte de gouvernement ». Nous croyons qu'il vaudrait mieux dire que la protec-

tion diplomatique n'est pas un droit que les intéressés peuvent invoquer ; il n'y a pas d'obligation pour les agents diplomatiques à assurer la protection de tel individu, parce qu'il y a là un pouvoir discrétionnaire évident, c'est-à-dire une appréciation parfaitement libre de l'opportunité dont le Conseil d'Etat n'a pas à assurer le contrôle.

L'action diplomatique est toujours de l'ordre discrétionnaire, autre forme d'exprimer ce que signifiait cette distinction entre l'action diplomatique qui ne peut toucher aux intérêts des particuliers et les actes administratifs ordinaires.

Cela n'exclut pas la possibilité pour les services diplomatiques de faire de simples actes administratifs où ne se révélerait pas le pouvoir discrétionnaire. Nous en trouverons des exemples en étudiant les mesures d'exécution des actes diplomatiques où les agents ont une compétence liée qui permet d'envisager des recours contentieux contre ces actes.

Tous les actes des services diplomatiques ne révèlent pas un pouvoir discrétionnaire, mais lorsqu'il y a action diplomatique véritable, il y a toujours pouvoir discrétionnaire. Le critérium apporté par le Conseil d'Etat, rigoureusement appliqué, nous fournirait les limites de cette action diplomatique véritable. L'agent ne serait considéré comme jouissant du pouvoir discrétionnaire que dans la mise en œuvre des rapports diplomatiques du Gouvernement français avec les pays étrangers.

Lorsqu'il accomplit au contraire des fonctions à lui attribuées par la loi en dehors de la fonction diplomatique, le fonctionnaire serait lié par les règles ordinaires de ces fonctions.

La distinction du Conseil d'Etat est à peu près établie à l'heure actuelle et fournit un fondement logique à ces idées. Elle permet aussi d'exclure l'idée d'acte de gouvernement de cette matière, mais le Conseil d'Etat ne veut pas encore le décider.

Mais cette distinction ne conserve pas sa valeur pratique entière, car elle est repoussée par le Conseil d'Etat lorsqu'il s'agit des mesures d'exécution d'actes internationaux. La seconde partie de ce chapitre établira donc que, si le principe théorique de distinction entre le pouvoir discrétionnaire et le pouvoir lié des services diplomatiques peut encore être invoqué à juste titre, la jurisprudence l'écarte nettement.

II. — RÉSULTATS DE L'ACTION DIPLOMATIQUE.

Si le recours contre l'action diplomatique elle-même nous paraît devoir être repoussé, le Gouvernement se trouvant précisément dans cette appréciation de l'opportunité qui constitue le pouvoir discrétionnaire, les résultats de cette action bénéficieront-ils de la même prérogative ? Quelle sera l'attitude devant les actes diplomatiques matériels, traités, conventions ou accords ?

Il faut distinguer les recours contre l'acte diplomatique et les recours contre les mesures d'exécution de ces actes.

Aucun recours contentieux n'est admis contre un traité, la jurisprudence ne s'est jamais départie de son incompétence : Société belge des Chemins de fer, 5 décembre 1884 ; arrêt Caraco, au D. P. 1927, III, 1.

Mais pourquoi dire que les traités et conventions diplomatiques sont des actes de gouvernement. Ce qui serait extraordinaire, c'est la compétence du Conseil d'Etat pour les annuler. Il n'est pas douteux que les traités sont des sources de droit comme les lois. Or, aucun recours contentieux n'étant possible contre les lois, on ne conçoit pas leur existence à l'égard des traités. Les traités sont des lois dont on ne peut poursuivre ni l'annulation, ni la réparation devant le Conseil d'Etat.

Il ne faut donc pas dire que le traité est un acte de gouvernement. C'est une source du droit positif, l'égal de la loi et notre système juridique n'admettant pas de contrôle juridictionnel des lois ne peut en comporter pour les traités.

On voit immédiatement l'intérêt qu'il peut y avoir à poser ainsi le problème. C'est que les discussions récentes sur la responsabilité possible pour les lois ouvrent la voie en même temps à l'appréciation de la responsabilité pour les traités (cf. DUGUIT, *op. cit.*).

On peut assimiler à l'appréciation des traités

internationaux, celle des traités de protectorats et les actes de souveraineté étrangère, ou encore les actes de pure souveraineté de l'Etat en territoire étranger.

Arrêt Mante frères et Borelli de Régis du 3 mars 1905 (p. 227) factoreries pillées par des bandes dahoméennes au moment de l'expédition dirigée par la France contre le Dahomey.

Saïd Ali, 21 juillet 1911 (p. 847) : actes impliquant l'examen de questions relatives au mode d'exercice des droits de souveraineté de la France sur la colonie de la Grande Comore (même solution implicite dans l'arrêt Legros et Humblot, 21 juillet 1911, 1^{re} et 2^e espèces, p. 849).

Dao-Mong-Canh, ly Truong, 18 février 1921, p. 187. — Le Xuan-Cac, 14 mai 1924, p. 464. — Panisse, 5 mars 1926, p. 245.

Tous ces recours étaient dirigés contre des actes internationaux, et l'incompétence du Conseil d'Etat pourrait s'expliquer sans faire appel à la théorie de l'acte de gouvernement. Le Conseil d'Etat est chargé de contrôler les services publics, mais non la constitutionnalité des traités. Un traité ou un accord international est conclu, la Constitution de 1875 ne permet pas d'en apprécier la validité et la jurisprudence du Conseil d'Etat est logique ; on ne peut vraiment pas dire de ces recours qu'ils ont été repoussés par la fin de non-recevoir de l'acte de gouvernement ; le Conseil d'Etat ne les a pas examinés parce qu'ils étaient hors de sa compétence,

de même qu'il ne pourrait juger une question d'état des personnes : il était incompétent. Nous touchons là un des défauts de la théorie classique des actes de gouvernement, c'est d'englober sous ce nom des actes que leur nature écarterait normalement du contentieux administratif, sans que la compétence du Conseil d'Etat puisse être un instant envisagée. Ici nous trouvons des actes internationaux, on ne peut les soumettre à l'annulation d'un tribunal national. C'est l'évidence.

Pour l'appréciation des actes de souveraineté, une question un peu spéciale est née de l'après-guerre, celle des mandats internationaux.

La question des mandats internationaux se présentait de façon très délicate à l'appréciation du Conseil d'Etat. La juridiction purement interne de notre haut tribunal administratif s'étendait-elle aux rapports de deux Etats ? Il y a, en effet, dans le régime du mandat international, des rapports entre la puissance mandataire et le pays placé sous mandat qui méritent quelques détails (cf. VAN REES, *Les mandats internationaux*).

Il nous faut distinguer, comme le fit d'ailleurs le Pacte de la Société des Nations dans son article 22, entre les pays soumis à la tutelle prévue par le Pacte (*Traité de Paix*, édit. Dalloz, 1920, p. 19).

« Le caractère du mandat doit différer suivant le degré de développement du peuple, la situation géographique du territoire, ses conditions écono-

miques et toutes autres circonstances analogues. »

Ces principes furent réalisés dans la pratique par la création de trois sortes de mandats qualifiés mandats A., mandats B. et mandats C., dans lesquels varie le degré d'intervention de la puissance à laquelle est confié le soin de conduire les peuples libérés vers la condition d'état international ordinaire.

Le mandat A. est défini ainsi, dans l'article 22 :

« Certaines communautés qui appartenaient autrefois à l'Empire Ottoman ont atteint un degré de développement tel que leur existence comme nations indépendantes peut être reconnue provisoirement, à la condition que les conseils et l'aide d'un mandataire guident leur administration jusqu'au moment où elles seront capables de se conduire seules... »

Pour les Etats que la France est chargée de guider, Syrie et Liban, il faut donc considérer que ce sont de véritables Etats dont les autorités sont indépendantes et seulement privés du droit de représentation diplomatique que la France assume pour eux.

Lorsque des rapports s'engagent avec les services publics en Syrie ou Liban, il faut donc savoir si l'Etat syrien est responsable de leur action ou si la puissance mandataire peut s'occuper de l'Administration du pays. C'est donc bien une question de rapports entre Etats que pose le mandat A. et cependant le Conseil d'Etat n'a pas songé à se décla-

rer incompétent, en disant que la mesure attaquée touche « aux rapports internationaux de l'Etat français ».

La jurisprudence du Conseil d'Etat est très nette en effet. Dans un arrêt Caussez et Cot du 11 octobre 1929 (p. 894), le Conseil d'Etat se déclare incompétent pour apprécier un acte qui n'émane pas d'une autorité administrative française. Il est fort logique d'admettre que les services publics syriens ne peuvent voir leur action évoquée devant la juridiction administrative de la puissance mandataire, car l'Etat syrien existe.

Rappelons à ce propos que les actes accomplis dans un protectorat par l'Administration locale échappent de même au contentieux administratif français, car l'Etat protégé reste un Etat (arrêt Millon, 23 février 1923, p. 194 et arrêt Tranchesse, 6 janvier 1926, p. 19). Il fallut des textes spéciaux (décret du 31 janvier 1927 pour la Tunisie et du 1^{er} septembre 1928 pour le Maroc) pour établir la compétence du Conseil d'Etat sur les pays protégés. Le Conseil d'Etat a donc repris ici sa jurisprudence ancienne en déclarant que l'acte d'un fonctionnaire, même français, gérant un service public syrien, ne peut être apprécié par le Conseil d'Etat, juge des seules autorités administratives françaises.

Lorsqu'au contraire ce sont des services publics français dont la gestion est critiquée, le contrôle du Conseil d'Etat s'applique à tous leurs actes, même

passés en Syrie. Il n'y a là, en effet, aucune question de rapports internationaux à trancher. Un service public français, fonctionnant dans l'Etat sous mandat, ne diffère en rien des autres services (arrêt Moundji, 6 août 1925, p. 815, sur une question de marchés passés par l'Etat français avec un caravanier pour les transports intéressant ses services, arrêt Kherkalian du 14 mai 1926, p. 496, sur les indemnités dues par l'Etat français à un adjoint au commandant de cercle en Syrie, fonctionnaire d'un service public français).

La solution est donc fort nette : lorsqu'un service public français est mis en cause, le Conseil d'Etat se déclare compétent. S'il s'agit d'une autorité administrative locale, il ne pourra apprécier ses actes. Mais il nous faut signaler ici une très judicieuse remarque de M. Ch. ROUSSEAU dans sa note sous l'arrêt Karl et Toto Samé du 3 juillet 1931 (S. 1931.III.129) : les actes accomplis par la France dans son rôle de puissance mandataire et qui auraient une répercussion d'ordre international (interprétation des traités qui lient la France) échapperaient sans aucun doute à l'appréciation du Conseil d'Etat. La jurisprudence sur les protectorats nous fournit encore des précédents sur cette question (cf. arrêt Bachatori et Saïadi Abdesselem, 29 novembre 1929, p. 1061 et Société des phosphates tunisiens, 20 novembre 1930. S. 1930.3.61 pour les mesures d'exécution d'une convention diplomatique).

Nous avons, en effet, exposé la jurisprudence du Conseil d'Etat sur les actes internationaux, et aucune raison ne permet de supposer qu'il y ferait exception pour les actes de la France, puissance mandataire en Syrie, en ce qu'ils touchent aux rapports internationaux avec les autres Etats.

Mais il y a cependant un progrès à marquer devant ces décisions du Conseil d'Etat sur les questions soulevant les rapports entre l'Etat français et les territoires placés sous mandat. Le Conseil d'Etat n'a jamais songé à dire qu'il y avait acte de gouvernement et que ces actes « touchant aux rapports internationaux de l'Etat français échappaient au contentieux administratif ». Il a examiné chaque affaire au fond, et procédé à cette distinction entre les services publics français et les services locaux, sans s'inquiéter du caractère international du régime du mandat et en appréciant des difficultés qui se rattachent à l'exécution de traités. Sans doute sa jurisprudence sur les protectorats lui facilitait la tâche en lui présentant des situations qui, pour être théoriquement très lointaines, n'en étaient pas moins, en fait, analogues. Mais le Conseil d'Etat a établi une division très logique et qui marque seulement son caractère de juridiction interne absolument incompétente par nature pour apprécier les actes d'un Etat étranger. Car toute cette jurisprudence se résume et s'explique par cette seule phrase : l'Etat placé sous mandat A. reste un Etat au point de vue du droit international.

Pour les territoires soumis au mandat B. la question soulève moins de difficultés du côté du Conseil d'Etat. Le mandat B. est ainsi prévu dans l'article 22 du Pacte :

« Le degré de développement où se trouvent d'autres peuples, spécialement ceux de l'Afrique centrale, exige que le mandataire y assume l'administration du territoire. »

Il ne peut donc plus être question de rapports internationaux entre la puissance mandataire et le pays placé sous mandat. Ce dernier ne se voit plus reconnu la qualité d'Etat ; il est administré par la puissance mandataire « comme partie intégrante de son territoire » (cf. les mandats du 20 juillet 1922 sur le Togo et le Cameroun, art. 9).

La formule est trop nette pour qu'il soit nécessaire d'insister, l'Etat sous mandat est administré selon les règles des services publics français. Cependant le Conseil d'Etat a marqué une différence de régime entre l'Etat placé sous mandat B. et les Colonies françaises. Dans le premier cas, en effet, le Président de la République met à exécution un traité et les limitations prévues par ce traité forment un réseau d'obligations internationales. Lorsqu'au contraire, le Président de la République légifère pour nos Colonies, c'est en vertu de sa compétence prévue par le sénatus-consulte du 3 mai 1854, compétence d'ordre purement interne (cf. sur ce point l'arrêt Woelffel du 28 mars 1924, p. 346 : les territoires sous mandat ne sont

pas des Colonies. Aussi les conclusions de M. ETTORI, commissaire du gouvernement, dans l'arrêt Karl et Toto Samé déjà cité).

Cette différence étant admise, nous ne voyons qu'un point à signaler : c'est que tous les actes de la puissance mandataire ne peuvent pas être considérés comme de simples actes administratifs. Le rôle international qui lui fut confié peut exiger de la puissance mandataire des actes de caractère purement international qui échapperaient au contrôle du Conseil d'Etat (réclamations à la Commission permanente des mandats ou rapports). Le moyen de distinguer le rôle international et l'administration interne sera fourni par l'application des traités et engagements internationaux qui ont institué le mandat.

Toute cette jurisprudence sur les actes internationaux nous paraît d'une parfaite vérité juridique. Il n'y a là aucune appréciation possible par une juridiction nationale. C'est toujours la même formule que nous avons adoptée. L'action diplomatique ayant abouti à des traités, ne touche en rien aux intérêts particuliers ; aucun individu ne subit de préjudice spécial et direct à la suite d'un traité, acte de portée internationale et dont les effets ne peuvent être que généraux.

Mais si les traités peuvent et doivent rester exempts du contrôle juridictionnel, leur application suit-elle le même régime. Il faut tout d'abord

bien comprendre la portée de la distinction que l'on a voulu instituer parfois entre l'application et l'interprétation des traités, la première opération étant licite pour nos tribunaux, mais la seconde leur demeurant interdite.

Ce ne sont pas là, en réalité, deux idées juridiques différentes ; l'interprétation est nécessitée par l'obscurité de certaines clauses d'un traité. Elle se substitue donc à l'application pure et simple de ces clauses. Mais c'est la même opération au fond. Dans le premier cas, la solution à donner étant douteuse, le tribunal interprète ; dans l'autre hypothèse, les clauses du traité sont parfaitement claires et le tribunal les applique. Mais si le processus est juridiquement identique et si l'interprétation n'est en quelque sorte que l'application des clauses douteuses d'une convention internationale, la jurisprudence française a nettement distingué les deux choses.

L'application des traités est envisagée par les décisions de nos tribunaux comme parfaitement valable, lorsque la portée et le sens des clauses de ces traités ne soulèvent aucune contestation et sont parfaitement clairs (cf. arrêt de la Cour de cassation du 25 juillet 1867. S. 1867.1.409).

De même le Conseil d'Etat dans l'arrêt Sza-niawski du 14 novembre 1884, p. 779.

Application des traités est donc pour nos tribunaux judiciaires et administratifs, synonyme d'application de clauses absolument claires.

Interprétation suppose, au contraire, que le traité à appliquer à l'espèce litigieuse présente une certaine ambiguité. La jurisprudence du Conseil d'Etat est fixée de façon très nette et depuis longtemps : arrêt du corsaire *La Représaille* du 6 août 1823, p. 558 ; « l'interprétation des conventions diplomatiques appartient exclusivement à l'autorité administrative ». La jurisprudence plus récente n'a fait que moderniser cette formule et elle affirme son point de vue de la façon la plus nette.

Arrêt *Yruretagoyena*, 5 novembre 1920, p. 912. Paulat, 23 juillet 1924 au D. P. 1925. III. 29, avec une note R. R. interprétation de la convention d'armistice. Société Manuel Misa, 26 novembre 1926, p. 1028.

Commune de Lanne, 21 janvier 1927, p. 80. « Considérant que le préfet des Basses-Pyrénées, pour inscrire d'office au budget de la commune de Lanne un crédit en vue de la fourniture d'une génisse aux Espagnols de la Vallée de Roncal, s'est fondé sur ce que cette dépense était obligatoire, en vertu de la sentence arbitrale du 16 octobre 1375, maintenue par l'article 5 de la Convention additionnelle du 4 avril 1859, au traité de délimitation du 2 décembre 1856 entre la France et l'Espagne ; que dans son pourvoi la commune de Lanne conteste cette obligation exécutée depuis des siècles et soutient que si les habitants de la vallée française de Barétous sont tenus de remettre tous les ans aux représentants de la vallée espa-

gnole de Roncal 3 génisses, cette redevance a sa cause dans la faculté pour les communes françaises de faire paître leurs troupeaux dans le territoire de Roncal et ne serait plus dûe par la commune de Lanne dont les habitants ne peuvent pas actuellement conduire leurs animaux au pâturage de Roncal ;

« Considérant qu'il n'appartient pas au Conseil d'Etat de connaître d'un litige portant sur le sens et la portée d'une convention diplomatique. »

Sieur Cosmetto, 19 janvier 1927, p. 54, recours mettant en cause la convention d'armistice du 11 novembre 1918, les traités de Versailles et Saint-Germain et une décision de la Commission internationale du Danube. — Rodrigo, 11 juin 1920, p. 571. — Amoudruz, 4 août 1926, p. 846. — Karl et Toto Samé (solution implicite). S. 1931. III.135, avec les conclusions de M. ETTORI, commissaire du gouvernement.

Sur cette même question de l'interprétation des conventions diplomatiques, la Cour de cassation fait preuve d'un esprit fort semblable. La Chambre civile a admis la théorie depuis longtemps affirmée par la Chambre criminelle (cf. les arrêts récents de la Chambre criminelle : 15 décembre 1928 au *Bulletin criminel*, n° 307 ; 28 février 1930. S. 31. 1.193 — Civ., 22 décembre 1931. *Gaz. des Tribunaux*, 14 janvier 1932 ; le premier arrêt sur la matière semble remonter au 24 juin 1839 S. 1839.1. 577), dans son arrêt du 2 juin 1923. La solution de

la Cour de Cassation peut être résumée ainsi : il appartient aux tribunaux d'interpréter les traités pour la solution des litiges d'intérêt privé, mais au Gouvernement seul, de fixer leur sens au point de vue du droit international public (arrêts 8 mars 1913, 22 mars-9 août 1923). Ainsi fut interprété le traité de Versailles pour la solution de litiges privés (Civ., 6 juillet 1922. D. P. 1922.1.136) et le traité de Saint-Germain (Prince de Bourbon, Req., 14 mai 1923. D. P. 1923.1.105).

L'interprétation gouvernementale s'impose donc pour les questions de droit international public ; le Conseil d'Etat aurait dit « touchant aux rapports diplomatiques » : cette comparaison de jurisprudence est d'autant plus facile à établir que les deux ordres de juridiction eurent à statuer dans la même affaire : Concession française de Shanghai contre Compagnie française des tramways de Shanghai. D. P. 1923.1.217 et arrêt du Conseil d'Etat du 27 janvier 1922. Il s'agissait de savoir dans quelle mesure la concession française empiétait sur la souveraineté indigène. La Cour de Cassation admit que la question touchait au droit international et exigea le sursis à statuer, pour interprétation gouvernementale. Le Conseil d'Etat statuait ici comme juge d'appel ; il applique donc ici l'interprétation gouvernementale ;

Compagnie française de trams et d'éclairage électrique de Shanghai, 27 janvier 1922, p. 87 : « Mais considérant que la question de savoir si tel est le

caractère des contrats passés entre la Compagnie requérante et le Conseil d'administration municipale de la concession française de Shanghai dépend du sens et de la portée qu'il convient de reconnaître tant aux traités passés entre la France et la Chine, le 24 septembre 1844 à Whampoa et le 27 juin 1858 à Tien-Tsin qu'aux arrangements ultérieurs intervenus entre les consuls de France et les autorités locales chinoises ; que l'interprétation à ce point de vue de ces diverses conventions d'ordre diplomatique ne peut être donnée que par le Gouvernement français ;

« Considérant qu'il résulte de l'interprétation donnée par le ministre des Affaires étrangères que les contrats conclus entre la Compagnie requérante et le Conseil d'administration municipale de Shanghai ne constituent pas, dans les conditions spéciales où ils ont été passés, des contrats de concession de services publics.

« Considérant que le Conseil d'Etat n'est pas compétent pour examiner les critiques soulevées contre cette interprétation ; qu'elle s'impose à lui et qu'il ne peut qu'en tirer les conséquences juridiques ; qu'il en résulte que les litiges qui lui sont soumis ne sont pas de nature à être portés devant la juridiction administrative... » Requête rejetée pour incompétence.

De même l'arrêt Bordj et Calcedonio du 16 juillet 1920. Incorporation de Maltais dans l'armée française, les documents de l'Ambassade britannique

s'imposent, fixant les conditions de recrutement des Maltais, les tribunaux français doivent s'incliner devant cette interprétation. Mesures d'exécution de convention internationale, les décisions du Conseil de guerre de Bourges furent annulées.

Sur recours direct, de même, on peut dire que le Conseil d'Etat établit une question préjudicielle d'interprétation gouvernementale. Il affirme donc implicitement que traités et lois ont des différences de nature, mais sans prendre parti pour aucune théorie. Ce ne sont pas certes des influences théoriques qui ont décidé le Conseil d'Etat à refuser l'interprétation des traités, mais cette sorte de respect de l'action diplomatique qui a contribué à élargir la notion de l'acte diplomatique, acte de gouvernement. Nous sommes dans un domaine de pratique où le fonctionnement des services publics est envisagé avant l'examen des théories juridiques. Et il a paru au Conseil d'Etat que seule l'interprétation gouvernementale était possible pour des conventions internationales. La solution semble définitive.

Il convient de signaler que l'interprétation des conventions internationales peut être demandée à la Cour permanente de Justice internationale, ou encore fixée par accord entre les puissances intéressées. Mais le problème n'intéresse le contentieux français que si on l'examine du point de vue de l'interprétation unilatérale des conventions internationales.

* * *

Mais il nous sera permis maintenant d'envisager le problème sous son aspect théorique, n'étant pas retenu par la prudence nécessaire à une bonne jurisprudence administrative.

La jurisprudence actuelle de la Cour de Cassation et du Conseil d'Etat aboutit au refus d'appliquer les traités lorsque l'ordre public, c'est-à-dire le fonctionnement des services publics, est en cause. Si le Conseil d'Etat n'a pas eu comme la juridiction suprême de l'ordre judiciaire à faire de distinctions, c'est que sa compétence se restreint aux litiges mettant en cause le fonctionnement des services publics. La question d'application des traités mettrait donc toujours en question les services publics devant le Conseil d'Etat.

Pour les tribunaux judiciaires, la distinction entre litiges d'intérêt privé et litiges d'ordre public, manifeste cette même tendance au refus de contrôler la marche de l'administration. Ces litiges d'ordre public sont, en effet, ceux qui impliquent l'appréciation de la conduite d'un service public (cf. les arrêts de la Cour de Cassation cités).

Mais ce refus d'apprécier la validité des traités et leur portée a une grave conséquence d'ordre théorique que, nous l'avons dit, le Conseil d'Etat n'a certes pas voulue, mais qu'il faut dégager. Nous avons dit que les traités étaient, comme les lois, des

sources de droit positif interne, et c'est par ce raisonnement que nous avons approuvé l'incompétence des juridictions de tout ordre pour annuler les traités. On ne peut pas plus toucher à la validité d'un traité qu'à celle d'une loi. Mais désormais, il ne s'agit plus d'annuler, mais d'appliquer. Or, les tribunaux se sont toujours reconnus compétents pour appliquer et interpréter les lois. S'ils se refusent à interpréter les traités, c'est que notre assimilation entre les traités et les lois est fausse.

Le syllogisme semble inéluctable dans la rigueur de ses propositions. Mais quelle serait alors la nature des traités ?

Les traités ne peuvent être des contrats entre Etats car les tribunaux n'auraient alors jamais à en connaître. D'autre part, dès son premier arrêt sur la question, la Cour de Cassation leur a refusé la nature d'actes administratifs.

Il faut donc bien admettre que les traités sont de nature législative, bien que les solutions jurisprudentielles actuelles s'y opposent. Nous n'hésitons pas à conserver cette attitude en nous référant à cette idée que le Conseil d'Etat n'a jamais voulu imposer de théorie nouvelle en cette matière et prendre parti sur la nature du traité. Ses décisions sont inspirées d'une prudence toute politique et ne peuvent nous servir à fonder d'autres théories. En vérité les traités sont bien comme des lois, sources de droit positif interne. Si les conséquences logiques de leur nature juridique n'ont pas

été adoptées par nos jurisprudences judiciaire et administrative, il ne faut voir là qu'un retard momentané d'adaptation. Encore préoccupés de respecter la liberté d'action diplomatique, les tribunaux ont hésité à contrôler la régularité de l'application des traités. Mais on peut discerner dans les derniers arrêts du Conseil d'Etat une tendance assez nette à contrôler les mesures d'application des traités (Goldschmitt et Strauss). Ces arrêts montrent la voie où pourrait s'engager le Conseil d'Etat, sans menacer la liberté diplomatique du Gouvernement, ni les principes théoriques sur la nature juridique des traités. On peut donc supposer que, dans un stade futur de jurisprudence, il n'existera plus de différence entre l'appréciation de l'exécution des lois et de celle des traités.

Mais sur un point toutefois, il conviendra, croyons-nous, de maintenir toujours une certaine différence entre le traité et la loi. L'interprétation des traités ne pourra jamais être confiée aux tribunaux comme l'interprétation des lois. Le traité n'est pas de nature simple comme la loi ; ses effets portent à la fois sur l'ordre national et sur l'ordre international. Il reste donc, dans le seul fait de l'interpréter, un élément diplomatique qui permettrait assez difficilement d'abandonner le traité aux mains des tribunaux. La manière d'appliquer un traité peut en modifier et même en annuler les dispositions. Le Gouvernement qui a conclu le traité ne doit pas admettre qu'il soit appliqué dans

d'autres conditions que celles qui ont été fixées. On touche ici d'ailleurs une seconde raison de l'incompétence des tribunaux pour l'interprétation des traités. Pour les lois, en effet, l'intention du législateur est assez révélée par les travaux préparatoires et les discussions parlementaires pour fournir une base solide à l'interprétation du juge. Pour les traités, au contraire, leur conclusion comme leur négociation restent enfermées dans le secret diplomatique ; aucunes pièces ne permettraient aux juges de se former une idée précise du sens réel du traité. Les conditions actuelles de la vie diplomatique ne permettent donc qu'une interprétation des traités, celle de l'auteur de l'acte, du Gouvernement.

Ce n'est pas abandonner l'idée que le traité est comme la loi une source de droit. Et il ne faudrait surtout pas croire que le traité devient une espèce d'acte de souveraineté, hors du droit, et soumis à la seule direction du Gouvernement.

Nous croyons simplement que la partie internationale des effets d'un traité exige le contrôle du Gouvernement sur son interprétation. Interpréter le traité, c'est alors souvent faire œuvre de diplomate plus que de juge. Car interpréter comporte aussi le droit de suspendre par représailles l'application du traité ou d'en diriger autrement les effets (cf. 28 janvier 1926. Paris, Société des Usines Renault contre Société Rousski-Renault au S. 1927.2.1 et Chailley, thèse, *Nature juridique des*

traités internationaux, p. 269 sqq.). Nous ne sommes donc plus sur un terrain de pure interprétation juridique ; il y a ici encore action diplomatique, appréciation de l'opportunité, et l'on voit pourquoi nous concluons au maintien de la question préjudicielle d'interprétation gouvernementale, chaque fois que le fonctionnement des services publics est en jeu.

* * *

En dehors de l'interprétation des traités, des recours fort intéressants furent tentés contre des mesures administratives prises en exécution des clauses des traités.

Les mesures d'exécution des traités peuvent, en effet, produire des effets sur les intérêts des particuliers ; ceux-ci forment donc, d'une part des recours en annulation de ces mesures, d'autre part des recours en indemnité pour obtenir réparation du préjudice qu'ils ont pu subir.

Les traités sont de toute évidence une source de droit positif. Il semblerait donc normal qu'on puisse faire annuler un acte administratif contraire aux termes d'un traité, de même qu'un acte administratif, contraire à la loi qui l'autorise, est annulé par le Conseil d'Etat. Mais le Conseil d'Etat ne veut envisager que les circonstances diplomatiques qui entourent la décision d'exécution prise contre les termes du traité et n'envisage pas le recours.

Arrêt Huter, 22 juillet 1921, p. 727. « Considérant que par l'arrangement de Baden-Baden, l'Allemagne s'est engagée à mettre à la disposition du Gouvernement français une somme de 15 millions à l'effet d'indemniser les Alsaciens-Lorrains, qui pour faits ou opinions politiques, ont été, au cours de la guerre, arrêtés, internés, expulsés ou condamnés ; considérant que le sieur Huter demande l'annulation de la décision par laquelle la Commission chargée, en exécution de la convention diplomatique précitée, de la répartition de l'indemnité entre les intéressés, a refusé de le comprendre parmi les bénéficiaires de la dite indemnité, qu'une telle décision, à raison de sa nature, n'est pas susceptible d'être déférée au Conseil d'Etat. »

Arrêt Goffart, 5 août 1921, p. 833, taxe établie en vertu de l'acte d'Algésiras. — Keil, 26 décembre 1924, p. 1062. — Général Gramat, 5 mars 1926, conditions de résiliation du contrat de la mission militaire française auprès de l'armée hellénique. — Société des phosphates tunisiens, 20 novembre 1929, p. 1006. Il s'agit en réalité dans cet arrêt d'actes d'un Gouvernement étranger et l'incompétence du Conseil d'Etat est naturelle.

Un arrêt Caraco, au D. P., 1927.III.1, semble inaugurer une distinction assez subtile qu'a relevée M. DEVAUX dans sa note.

Une convention franco-tunisienne, promulguée régulièrement, attribue à la Commission supérieure des bénéfices de guerre en France les appels de la

Commission du 1^{er} degré en Tunisie. Un 1^{er} moyen était invoqué : savoir si le délégué à la Résidence pouvait signer pour le Bey ; le Conseil d'Etat aurait pu invoquer les pouvoirs du Gouvernement en matière diplomatique. Mais l'arrêt dit :

« Considérant que si le décret attaqué, en tant qu'il ratifie la convention n'est pas susceptible d'être déféré au Conseil d'Etat, le décret ne se borne pas à cette ratification ; qu'il a également pour objet d'attribuer compétence à la Commission supérieure... que les dispositions qu'il édicte ainsi ne se confondent pas avec la convention elle-même et peuvent dès lors faire l'objet d'un recours contentieux. »

D'une part, aucun recours contre l'acte diplomatique et tout ce qui fait corps avec lui.

De l'autre, contre l'acte d'exécution recours possible, c'est un acte administratif.

C'est là d'ailleurs une distinction subtile, car le décret de promulgation reprend exactement les termes de la convention, mais dans la convention ces termes forment un acte diplomatique inattaquable et deviennent dans le décret un acte administratif susceptible de recours.

Cela permettrait désormais le contrôle juridictionnel des actes d'exécution rendus en application de la convention, donc de vérifier leur conformité avec la convention diplomatique. Et le Conseil d'Etat utilise immédiatement ces principes nouveaux pour apprécier la validité du décret, il

le considère d'ailleurs comme légal, mais n'est-ce pas abandonner la fin de non-recevoir ancienne contre tout acte administratif dérivé et d'exécution ?

Telle est bien la thèse de M. DEVAUX.

Mais l'arrêt a cherché très nettement à fonder la validité du décret sur sa conformité avec des lois ; elles existent dans cette question spéciale et le raisonnement est valable. Mais il n'a pas dit que la seule conformité du décret à l'acte diplomatique lui servait de base juridique. C'est parce que le décret attaqué devait être conforme aux lois en vigueur que le recours a été admis, et c'est pour contrôler cette conformité légale seulement. Les traités sont comme des lois. Il n'est donc pas besoin de recourir à une loi pour fonder l'acte administratif d'exécution procurant dans le pays l'application du traité. Mais le Conseil d'Etat ne l'a pas fait car il voit un danger : celui d'apprécier si le traité a été valablement conclu et promulgué.

Nous ne croyons donc pas à un tel changement de jurisprudence dans l'arrêt Caraco. Le soin marqué par le Conseil d'Etat de fonder son contrôle sur des textes législatifs prouve bien que la haute juridiction administrative n'a pas voulu, dans cette espèce, assurer la régularité de l'application des traités, qu'elle s'est toujours interdit d'apprécier. Ce n'est pas parce que le décret est conforme au traité que le recours est rejeté, mais parce qu'il est conforme aux lois préexistantes. Cela nous auto-

rise à ranger l'arrêt Caraco sous la même rubrique que les précédents, et à ne pas suivre M. DEVAUX dans sa croyance à un changement de jurisprudence.

Dans sa jurisprudence actuelle le Conseil d'Etat confond donc dans une même protection, le traité et la mesure d'exécution. C'est évidemment choquant, l'acte administratif purement interne n'empruntant aucun des caractères internationaux qui décident justement le Conseil d'Etat à refuser le contrôle des traités. Et cela va paraître encore plus net pour les recours en indemnité.

En réalité le Conseil d'Etat est saisi d'un refus de l'administration active, mais il devrait apprécier une demande d'indemnité fondée sur un acte diplomatique. Le plaideur peut invoquer la disposition d'un traité lui accordant un droit que l'administration lui refuse. Et le Conseil d'Etat rejette encore ces recours bien étrangers cependant à l'idée même d'acte de gouvernement. L'arrêt Baléchat, 9 janvier 1925, p. 26, rejette le recours d'un ascendant demandant une indemnité pour le meurtre de son fils fait prisonnier par les Allemands, comme l'y autorisait l'article 232, 2^o du traité de Versailles, et le paragraphe IV, annexe I, partie 8 du même Traité. Le Conseil d'Etat répond que la décision de refus du ministre de la Guerre « prise pour l'application desdites dispositions du traité de Versailles, n'est pas susceptible, à raison de sa nature, d'être déférée au Conseil d'Etat... ».

La solution peut étonner tout d'abord car il n'y

a vraiment là aucune question de rapports internationaux, mais seulement de cumul des dispositions du Traité de Versailles avec la loi du 31 mars 1919 sur les pensions d'ascendants. Mais la solution du Conseil d'Etat, dans l'espèce Baléchat, s'explique tout autrement. Il existait une interprétation du Comité interministériel des Réparations contraire à la requête du sieur Baléchat. Nous avons dit que l'interprétation gouvernementale des traités s'imposait au Conseil d'Etat, le recours en indemnité ne pouvait être admis. Mais en ne rédigant pas sa décision sur cette base, le juge administratif a pu laisser croire qu'il transformait en acte de gouvernement le simple acte administratif par lequel le ministre de la Guerre se conformait à l'interprétation officielle d'un traité. On voit qu'il n'en est rien (cf. TROTABAS, *Revue critique*, 1925).

Dans un arrêt *Compagnie nationale des Mines, Minerais et Charbons*, du 16 mai 1918, p. 655, le Conseil d'Etat s'est refusé à apprécier les conséquences dommageables d'une mesure se rattachant directement à l'exécution d'engagements du Gouvernement français envers un Gouvernement étranger. De même l'arrêt *Sobieszczanski*, 11 février 1931. S. H., p. 46 (demande de paiement de réquisition de charbon fourni à Koltchak, met en question une décision du Comité interallié des chemins de fer, institué par un accord international).

La jurisprudence semble donc fixée et il y a tou-

jours incompétence lorsqu'une mesure d'exécution de traité se rattache « directement » (arrêt Compagnie nationale des Mines) à la convention internationale ou aux rapports internationaux de l'Etat français.

Cependant un arrêt Goldschmidt et Strauss du 27 juin 1924 (p. 607) aurait, dit-on, imposé le contrôle des mesures d'exécution interne des traités, par opposition aux mesures touchant au droit international. L'arrêt s'exprime ainsi :

Sur la fin de non-recevoir opposée à la requête.

« Considérant qu'après avoir disposé que, pendant une période de 5 années, les produits naturels ou fabriqués, originaires et en provenance d'Alsace et de Lorraine, seront reçus, à leur entrée sur le territoire allemand, en franchise de tous droits de douane », l'article 68 du traité de Versailles ajoute que : « le Gouvernement français se réserve de fixer chaque année, par décret notifié au Gouvernement allemand, la nature et la quotité des produits qui bénéficieront de cette franchise » ; qu'il résulte de cette clause que les mesures à prendre par le Gouvernement français en vue de déterminer les ayants-droit aux avantages ainsi stipulés sont absolument indépendantes du traité lui-même, et que, par suite, les difficultés nées à leur occasion sont de nature à être soumises à la juridiction contentieuse ; que dès lors la requête est recevable. »

Il est exagéré de voir l'affirmation d'une doc-

trine là où des circonstances de fait furent seules influentes. Les mesures critiquées dans l'arrêt Goldschmidt étaient de purs décrets administratifs de classement de produits, donc absolument indépendantes du traité, sans lien aucun, dit le Conseil d'Etat, et c'est cette absence de rapports entre la décision critiquée et le traité qui le décida à admettre la requête. Ce ne fut pas parce que la décision n'avait qu'un effet interne et non international (cf. LAMIALE et autres, 30 juin 1922. S. 1922.III.25, note de M. HAURIOU).

Mais l'arrêt Baléchat, postérieur, est trop net pour qu'il soit besoin d'insister : la mesure d'exécution était bien un acte administratif en dehors de toute question de rapports internationaux et le Conseil d'Etat ayant en mains l'argument excellent de l'interprétation gouvernementale contraire, n'a pas indiqué que la mesure d'ordre purement interne était de sa compétence en principe.

Nous ne croyons donc pas que l'arrêt Goldschmidt soit à l'origine d'une future distinction entre les mesures d'exécution ayant un effet seulement interne et les mesures ayant un effet international. Dans nos recours en indemnité (cf. arrêts cités) il s'agissait au fond de mesures d'exécution interne puisque l'Etat français se voyait demander une indemnité dont seule l'origine était, soit située sur un territoire étranger (arrêt Sobieszczanski), soit liée à un acte international (Compagnie Mines, Minerais et Charbons).

C'est donc bien plutôt l'idée de lien avec un acte international ou de rapport avec l'action internationale du pays qui inspire les décisions du Conseil d'Etat. Chaque fois que la mesure d'exécution n'est pas indépendante de la convention internationale, le Conseil d'Etat est incompétent (arrêt Goldschmidt). Sans doute n'est-ce là qu'un critérium de transition. On aperçoit en effet, combien il est illogique de suspendre tous recours contre des actes qui n'ont aucun caractère spécial sous le seul prétexte que ce sont des mesures dépendant d'un traité. La nature des traités, égaux aux lois, exige que les juridictions internes puissent apprécier la conformité des mesures prises pour leur exécution avec les clauses mêmes de ces traités.

Et sur cette seconde partie de l'action des services diplomatiques, nous sommes obligé de convenir que la jurisprudence du Conseil d'Etat ne suit pas la logique pure. Reprenant la distinction entre l'action diplomatique et les actes administratifs, il est bien clair que les mesures d'exécution des traités sont de purs actes administratifs, s'appliquant parfois à de simples particuliers et leur occasionnant un préjudice. Comment leur refuser dans ces circonstances un recours contentieux ?

C'est cette jurisprudence du Conseil d'Etat qui nous autorise à maintenir le point de vue exposé en conclusion du chapitre II : le mobile politique n'a pas disparu. C'est en continuant à appliquer l'ancienne théorie du mobile politique que le Con-

seil d'Etat peut repousser les recours contre des actes administratifs dont les rapports avec un acte diplomatique ne peuvent modifier la nature. C'est là qu'on peut dire en vérité qu'il subsiste des actes de gouvernement. C'est le seul moyen d'expliquer la jurisprudence que nous venons d'analyser.

Si nous cherchons à résumer rapidement l'état de la jurisprudence, nous dirons que les rapports diplomatiques n'ont pas encore bénéficié d'une analyse assez critique. Approuvons entièrement la jurisprudence sur l'action diplomatique, étrangère aux intérêts particuliers. Mais que le Conseil d'Etat renonce à assimiler à des actes diplomatiques, c'est à-dire de portée internationale, de simples actes administratifs que l'équité soumettra dans l'avenir à son contrôle.

CHAPITRE VIII

Mesures de police sanitaire

Les actes par lesquels le Gouvernement prend des mesures de défense contre les maladies épidémiques de tout ordre furent longtemps considérés comme des actes de gouvernement. La charte qui lui donnerait des pouvoirs absolus est la loi des 3-9 mars 1822 (DUVERGIER, p. 463).

Art. 5. — « En cas d'impossibilité de purifier, de conserver, ou de transporter sans danger des animaux ou des objets matériels susceptibles de transmettre la contagion, ils pourront être, sans obligation d'en rembourser la valeur, les animaux tués et enfouis, les objets matériels détruits et brûlés... »

Art. 6. — « Tout navire, tout individu qui tenterait, en infraction aux règlements de pénétrer en libre pratique, de franchir un cordon sanitaire, ou de passer d'un lieu infecté ou interdit dans un lieu qui ne le serait point, sera, après une sommation de se retirer, repoussé de vive force, et ce, sans préjudice des peines encourues. Le titre II

prévoit de nombreuses pénalités, en effet, allant jusqu'à la mort pour sanctionner les violations des lois et règlements sanitaires. La loi du 21 juillet 1881 reproduit le même régime pour les animaux.

La jurisprudence du Conseil d'Etat n'est pas abondante sur ce sujet mais il ne nous semble pas possible d'y reconnaître le caractère d'actes de gouvernement. C'est cependant l'opinion de LAFERRIÈRE qui influa longtemps sur la doctrine :

« Ces mesures de police sanitaire sont de véritables actes de souveraineté dont la sanction est assurée par les peines les plus sévères, peine de mort, travaux forcés, réclusion. Elles ne peuvent donner lieu à aucun recours contentieux, tendant à obtenir l'annulation des décisions ou la réparation des dommages causés par leur exécution...

« Si ces mesures ont par elles-mêmes un caractère gouvernemental, les actes d'exécution auxquels elles donnent lieu, de la part des commissions sanitaires et autres agents peuvent n'être que des actes d'administration soumis à certaines règles de fond et de forme...

« La liquidation des indemnité allouées... est soumise aux règles ordinaires du contentieux administratif. »

Pour LAFERRIÈRE, les lois organiques de la police sanitaire ont confié au Gouvernement des pouvoirs exorbitants, c'est-à-dire que l'appréciation de l'opportunité est discrétionnaire pour le Gouvernement. Mais il reconnaît déjà que les actes d'exécu-

tion des mesures gouvernementales ne bénéficient pas de la protection des actes de gouvernement. Ce seraient donc les mesures d'interdiction ou de destruction dont l'effet ne pourrait être combattu par des recours contentieux. LAFERRIÈRE, impressionné sans doute par l'ensemble de pouvoirs extraordinaires mis à la disposition du Gouvernement, a pensé que le recours pour excès de pouvoir annihilerait l'effet de cette liberté d'appréciation. Mais en réalité, appréciation discrétionnaire et contrôle juridictionnel ne sont pas inconciliables. La preuve s'en trouvait déjà dans les arrêts anciens du Conseil d'Etat sur notre matière et c'est de là qu'il faut les dégager.

Arrêt du 26 février 1863, Guilbaud et C^{ie} et Voisin (p. 188). Des mesures d'urgence avaient ordonné qu'un navire, suspecté d'être un foyer de fièvre jaune, fut sabordé et échoué en rade. Le décret sur la police sanitaire du 24 décembre 1850, article 16, exige que de telles mesures soient approuvées par le ministre du Commerce avec indication des motifs et notifiées sans retard. Or le Conseil d'Etat a examiné dans ses considérants si les formalités exigées avaient été remplies ; s'il admettait la théorie des actes de gouvernement qu'indiquait LAFERRIÈRE, il se fût contenté de rejeter le recours « considérant que les dommages causés par l'exécution de mesures de police sanitaire ne peuvent donner lieu à aucun recours contre l'Etat. »

Or le 2^e considérant (p. 191) adopte bien cette formule pour phrase terminale, mais les considérants suivants examinent si les circonstances de fait justifiaient la mesure (cas de fièvre jaune à bord) et si les précautions nécessaires ont été prises pour conserver le navire. C'est donc l'examen au fond de la question, on ne peut vraiment invoquer cet arrêt comme établissant de nouveaux actes de gouvernement.

D'autre part, la liquidation des indemnités qui peuvent être dues aux particuliers dans le cadre des lois sur la police sanitaire reste naturellement soumise au contentieux administratif, comme le signalait d'ailleurs LAFERRIÈRE (arrêt Lafon, 16 mai 1884, p. 397 et son commentaire dans la *Revue générale d'Administration*, 1884, t. II, p. 322).

M. TEISSIER interprète d'ailleurs la jurisprudence du Conseil d'Etat de façon inverse car il écrit (n^o 113) :

« Nous nous refusons, contrairement à l'opinion soutenue par M. LAFERRIÈRE, à reconnaître le caractère d'actes de gouvernement aux mesures prises pour défendre le pays contre l'invasion des épidémies et des épizooties, ou pour assurer l'alimentation en cas de famine. Ce sont là de purs actes administratifs, même dans le cas où le législateur a stipulé qu'ils ne pouvaient, à raison des préjudices par eux causés, donner lieu à des demandes d'indemnité contre l'Etat. »

Il y a d'ailleurs dans les théories sur la police

sanitaire une idée qui probablement jouait un rôle aussi important que l'acte de gouvernement. Un arrêt du 26 février 1857 Cohen (p. 168) la révèle. Un décret impérial du 26 octobre 1854 porte : « Jusqu'à ce qu'il ait été autrement ordonné, la distillation des céréales et de tout autre substance farineuse servant à l'alimentation est interdite. » L'application de ce décret pouvait-elle motiver une demande en indemnité au Conseil d'Etat ? L'arrêt Cohen répond en ces termes :

« Considérant que le décret du 26 octobre 1854 est une mesure de gouvernement prise dans un intérêt général et de sûreté publique ; que l'Etat n'est pas responsable, en vertu de l'article 1382 du Code Napoléon des préjudices particuliers qui ont pu être la conséquence d'une semblable mesure ; que ledit décret en interdisant la distillation des céréales n'a réservé à ceux qui exerçaient cette industrie aucun droit à indemnité et que d'ailleurs il ne résulte d'aucune disposition de loi qu'une indemnité puisse être accordée à raison d'interdictions de cette nature ; ... Rejet. » (Cf. la note sous l'arrêt sur la comparaison entre le droit à indemnité, si les mesures de suppression émanent de préfets ou ministres et la suppression de ce droit si le pouvoir législatif a pris la décision.)

Il semble bien qu'il y ait eu à cette époque une certaine confusion sur la notion d'acte législatif. Les auteurs et la jurisprudence ne distinguaient pas l'acte accompli par le Parlement et l'acte ac-

compli sur sa prétendue délégation. En d'autres termes la mesure administrative portant application d'une loi, le règlement d'administration publique participait au caractère inattaquable de l'acte parlementaire. Il semblait alors impossible de distinguer les mesures prises dans un intérêt général par l'un de ces règlements et les mesures législatives. Cela pourrait expliquer que les décisions prises par le pouvoir exécutif dans l'intérêt de l'hygiène et de la sécurité publique aient pris, aux yeux de la doctrine ce caractère de souveraineté sur lequel insiste LAFERRIÈRE. Les pouvoirs d'arbitraire reconnus au Gouvernement l'étaient, en réalité, par délégation des lois organiques sur la police sanitaire et se trouvaient justifiés par elles. Le contrôle juridictionnel du Conseil d'Etat ne pouvait s'appliquer.

Nous croyons que cette explication a pu jouer, d'autant plus volontiers, qu'elle fut invoquée en des circonstances très proches. C'est ainsi qu'on tenait les mesures de représailles économiques pour des actes de gouvernement et M. TEISSIER (n° 116) en donne la raison :

« ... Le pouvoir exécutif est autorisé à prendre, en cas de lutte économique avec un pays étranger, des mesures de représailles. Aux termes de l'article 8 de la loi du 11 janvier 1892, « le Gouvernement est autorisé à appliquer des surtaxes ou le régime de la prohibition à tout ou partie des marchandises originaires des pays qui appliquent ou

appliqueraient des surtaxes ou le régime de la prohibition à des marchandises françaises. Ces mesures doivent être soumises à la ratification des Chambres immédiatement si elles sont réunies, sinon dès l'ouverture de la session suivante. « Les décrets pris par application de cette disposition pour établir des surtaxes ou le régime prohibitif, à l'encontre des produits d'un pays, ont un caractère nettement gouvernemental, M. LAFERRIÈRE dit même législatif ; ils échappent par suite, à tout contrôle judiciaire et ils ne peuvent autoriser aucune action en responsabilité contre l'Etat, à raison des préjudices qu'ils sont susceptibles de causer aux particuliers.

Il faut décider de même, en ce qui concerne les décrets pris en exécution de la loi du 13 décembre 1897, dite loi du cadenas, qui, pour éviter des spéculations et des entrées précipitées de marchandises, autorise le Gouvernement à rendre provisoirement exécutoires les dispositions des projets de lois portant relèvement des droits de douane dès que ces projets sont déposés. » (Cf. loi 13 déc. 1897, art. 1^{er}.)

Sur la question de droits de douanes modifiés par décret (arrêt Rispal du 29 décembre 1859,) LAFERRIÈRE écrivait :

« ... Si les décrets précités ne pouvaient, en effet, donner lieu à aucune indemnité, ce n'est pas, selon nous, parce qu'ils étaient des actes de gouvernement mais parce qu'ils étaient de véritables actes

législatifs, faits en vertu de la délégation donnée au pouvoir exécutif par l'article 5 de la loi du 5 juillet 1836 sur les douanes. » (LAFERRIÈRE, *op. cit.*, p. 42, note 1).

Ce n'est qu'en 1907 en effet, que fut faite la distinction, du point de vue des recours, entre les lois et les règlements pris « en vertu d'une délégation du pouvoir législatif ». Et jusqu'en 1872, le Conseil d'Etat rejetait tous les recours en annulation contre les règlements d'administration publique (arrêt Fresneau, 20 décembre 1872, Rec., p. 3).

D'autre part, les règlements ordinaires du chef de l'Etat n'avaient pas été soumis au contrôle juridictionnel avant 1845 et le Conseil d'Etat s'aventurait avec prudence dans la critique des actes du Roi. Nous avons d'ailleurs signalé sous l'arrêt Cohen de 1857 une note qui marquait nettement la différence entre les actes du chef de l'Etat et ceux des ministres, qui seuls peuvent ouvrir le droit à réparation.

Tel est donc le cadre des idées juridiques où se développait la question des mesures de police sanitaire. D'abord le respect encore manifeste du Conseil d'Etat pour tous les actes accomplis avec son concours, puis la confusion entre les actes législatifs et les règlements d'administration publique, confusion que la jurisprudence depuis 1907 nous permet de rejeter aujourd'hui.

La jurisprudence ancienne du Conseil d'Etat

évaluait d'ailleurs, comme nous l'avons montré avec l'arrêt Cohen, vers l'appréciation au fond des actes de police sanitaire. Devant l'absence complète de décisions modernes les auteurs en viennent à conclure que le progrès des idées donnerait au Conseil d'Etat l'occasion en cette matière de rejeter la règle d'incompétence.

M. JÈZE rapportant le passage du Traité de TEISSIER où cet auteur se refuse à considérer les actes de police sanitaire comme des actes de gouvernement (cité plus haut), ajoute :

« Il me paraît certain que ce passage reflète l'opinion actuelle du Conseil d'Etat. On voit le chemin parcouru depuis 1896. »

De même M. DUEZ (p. 123), estime que le Conseil d'Etat ne suivrait plus aujourd'hui les errements anciens.

M. APPLETON prend nettement parti :

« Nous n'admettons pas que le caractère d'acte de gouvernement puisse être reconnu aux mesures de police sanitaire prises notamment par application de la loi du 3 mars 1822 et des ordonnances ou décrets qui l'ont complétée (Décr. 4 janvier 1896, 5 avril 1907, 26 novembre 1921) pour interdire les frontières de terre ou de mer aux personnes, marchandises, navires, etc., qui peuvent être réputés transmettre la contagion. Si le chef de l'Etat ou ses subordonnés dépassaient, en cette matière, les droits que leur reconnaît la loi, leurs actes se-

raient sûrement exposés à la censure du Conseil d'Etat. » (*op. cit.*, n^o 160).

Nous sommes autorisé à penser avec ces auteurs que les mesures de police sanitaire ont disparu de la catégorie des actes de gouvernement. Malgré l'opinion contraire du Doyen HAURIU, nous croyons que la cause fut jugée lors de l'abandon par le Conseil d'Etat de la théorie du mobile politique. Du moment qu'il n'admet plus, en effet, que le seul intérêt de l'Etat justifie les actes quels qu'ils soient du pouvoir exécutif et qu'il recherche dans la nature de l'acte le critérium d'irresponsabilité de l'auteur, les mesures de police sanitaire deviennent de simples actes administratifs du chef de l'Etat, exposés à tous les recours contentieux.

CHAPITRE IX

Conclusions sur les actes de gouvernement

Peut-on donc trouver dans les fonctions de l'Etat la justification d'un pouvoir souverain dont la nature même excluerait toute possibilité de contrôle juridictionnel.

M. TEISSIER l'a tenté et présente une distinction dans la fonction gouvernementale, qui, si nous l'admettons, fournirait une solution juridique à notre problème.

« Le pouvoir exécutif est investi d'une mission double : il gouverne et il administre. Gouverner, comme nous le verrons tout à l'heure, c'est exclusivement, suivant nous, veiller au fonctionnement des pouvoirs publics dans les conditions prévues par la Constitution et assurer, comme il est dit à l'article 8 de la loi constitutionnelle du 16 juillet 1875, les rapports de l'Etat français avec les puissances étrangères.

Administrer, c'est assurer l'application journalière des lois, veiller aux rapports des citoyens avec la puissance publique et les diverses adminis-

trations entre elles... Le pouvoir exécutif accomplit sa mission gouvernementale sous le contrôle exclusif du Parlement composé des représentants de la Nation. Les actes gouvernementaux échappent par conséquent à toute censure judiciaire, et ils ne peuvent, pour les préjudices qu'ils causent, engager la responsabilité de l'Etat que si le législateur y consent et le décide expressément, comme il le fait parfois pour les conséquences dommageables des actes législatifs. » (TEISSIER, *op. cit.*, n^{os} 43 et 44, et de même LAFERRIÈRE, II, p. 33).

Si nous pouvions établir avec M. TEISSIER que les actes de gouvernement ont une nature spéciale, toutes les difficultés de définition juridique seraient écartées. Nous saurions que certains actes ne sont pas contrôlés par le Conseil d'Etat parce que leur nature intrinsèque n'est pas celle d'actes administratifs. Il suffirait pour cela d'admettre que la fonction exécutive de l'Etat comporte deux degrés : le Gouvernement et l'administration. Cette division permettrait de comprendre la différence invoquée par M. TEISSIER entre les actes de gouvernement et les actes administratifs ordinaires.

Mais depuis longtemps déjà, d'éminents auteurs ont combattu cette idée de l'autorité gouvernementale distincte de l'autorité administrative. Clairement exposée par M. TEISSIER, elle ne s'appuie sur aucune réalité et M. le Doyen BERTHÉLÉMY la réfute en ces termes :

« De deux choses l'une : ou bien ces actes sont

conformes à la loi, et alors nous ne voyons pas qu'il y ait à faire de différence entre eux et les actes d'administration par lesquels on prouve l'exécution des lois ; ou bien elles ne sont pas conformes à la loi ; alors nous ne voyons nulle part un principe de droit qui autorise le chef de l'Etat à les prendre, et si elles sont prises, nous ne voyons aucune règle qui puisse les soustraire au recours en annulation.

L'examen des espèces dans lesquelles on a invoqué pour se dérober au recours le caractère gouvernemental des actes, et la lecture des textes sur lesquels on s'appuie pour accepter cette division des actes des administrateurs m'amènent à penser qu'il n'y a ici qu'une distinction artificielle destinée à excuser des mesures arbitraires... La vérité c'est qu'il n'y a pas d'actes de gouvernement.

Les lois qui établissent le principe de la séparation des pouvoirs et le principe de la séparation des autorités administrative et judiciaire n'ont jamais parlé d'une autorité gouvernementale... »

Nous préférons cette réfutation si claire de M. le Doyen BERTHÉLÉMY aux critiques que présentait M. DUGUIT (*op. cit.*, t. III, p. 685) et dont nous avons déjà exposé le système (cf. chap. IV). Sans remplacer l'idée d'autorité gouvernementale par la théorie d'organe politique, M. BERTHÉLÉMY expose parfaitement qu'une distinction entre autorité gouvernementale et autorité administrative ne se justifie en aucune façon dans les faits.

Il serait inutile au surplus d'invoquer le fameux article 26 de la loi du 24 mai 1872 dont nous avons exposé (cf. chap. III) le caractère parfaitement étranger à la matière.

En vérité il n'y a pas d'autorité gouvernementale distincte de l'autorité administrative parce qu'on ne voit pas de fonction gouvernementale spéciale à lui confier. C'est tout arbitrairement qu'on pourrait distinguer ainsi une activité supérieure de gouvernement et une activité inférieure d'administration (cf. BONNARD, *op. cit.*, p. 47 et 131).

Et c'est devant cette impossibilité d'expliquer les actes de gouvernement par leur nature que les auteurs ont cherché à les justifier par une série de critères variant de la force majeure à l'idée d'organe politique. Sans revenir sur les explications que nous avons données sur les idées de M. DUGUIT, rappelons qu'il transpose simplement le problème en admettant qu'« il s'agit d'actes qui sont véritablement, au point de vue formel, des actes administratifs, qui émanent du gouvernement agissant comme organe administratif ou d'une autre autorité administrative, des actes contre lesquels, précisément parce qu'ils émanent d'organes ou agents administratifs, tous les recours contentieux et au premier rang, les recours pour excès de pouvoir sont recevables. Mais on prétend qu'exceptionnellement ils échapperaient à tous re-

cours en raison des motifs de défense gouvernementale qui ont déterminé le Gouvernement quand il les a faits ou quand il a donné l'ordre de les faire...

J'ai déjà dit qu'on ne devait pas, qu'on ne pouvait pas admettre la théorie des actes de gouvernement qui n'est qu'un retour à la doctrine néfaste de la raison d'Etat, au nom de laquelle ont été commis au cours des siècles et sont commis encore aujourd'hui tant de crimes. »

M. DUGUIT se joint donc à M. le Doyen BERTHÉLEMY pour repousser la théorie des actes de gouvernement. Mais nous nous sommes placé à un point de vue trop réaliste pour adopter entièrement leurs vues. On ne peut nier, avons-nous dit au début de notre étude, que le Conseil d'Etat ne prenne ses décisions d'incompétence comme conséquences du caractère des actes de gouvernement. La jurisprudence que nous avons pu étudier dans nos précédents chapitres a bien prouvé qu'il existait en droit français des actes considérés par le Conseil d'Etat comme étant des actes de gouvernement, échappant à son contrôle juridictionnel.

Tout en adoptant par ailleurs l'attitude critique des auteurs précités devant l'idée même d'acte de gouvernement, nous ne pouvons conclure comme eux qu'il n'y a pas d'actes de gouvernement. La théorie purement négative de M. le Doyen BERTHÉLEMY ne nous semble pas ménager de façon suffisante les idées du Conseil d'Etat et d'autre part, M. DUGUIT ne répondait pas au problème en di-

sant qu'il n'y a pas d'actes de gouvernement mais seulement des actes politiques.

Nous reconnaissons l'existence pratique des actes de gouvernement. Dans nos chapitres précédents nous avons cherché à analyser les diverses sortes d'actes de gouvernement que nous présentait la jurisprudence. Sur ces bases pratiques nous avons conclu qu'aucun de ces actes ne présentait le caractère spécial d'actes de gouvernement. Mais maintenant, c'est en dehors de ces diverses sortes d'actes que nous poursuivons nos recherches. Devant les affirmations de la jurisprudence, affirmations que nous avons critiquées et que nous repoussons encore une fois en théorie, nous voulons rechercher l'évolution possible de cette jurisprudence et voir si cette théorie, que nous n'admettons pas, n'est pas menacée dans son seul soutien : le Conseil d'Etat lui-même.

Si nous voulions résumer notre attitude nous dirions : Il n'y a pas d'actes de gouvernement, c'est une notion dangereuse et inexacte qui ne correspond à rien. Mais le Conseil d'Etat déclare qu'ils existent. Recherchons si la conciliation de ces deux opinions peut être réalisée dans l'avenir.

Nous chercherons donc maintenant à nous élever au-dessus des arguments de pratique ou de légalité. Oublions l'article 26 de la loi de 1872 et les controverses doctrinales sur ce point. Nous envisageons un problème de pure théorie juridique : existe-t-il des actes qui échappent au con-

tentieux administratif pour des raisons tenant uniquement à leur nature et aux principes juridiques ?

Il faut donc voir la question sous l'aspect général du droit, non plus sous l'angle étroit d'une exception jurisprudentielle. Les actes de gouvernement sont-ils des actes juridiques de nature spéciale et cette nature spéciale trouve-t-elle place dans les cadres des idées juridiques françaises ?

Ainsi compris le problème des actes de gouvernement se manifeste sous deux aspects qu'il faut absolument séparer pour les étudier complètement : l'acte de gouvernement signifie, en effet, deux choses : qu'il ne peut être annulé d'une part et qu'il ne peut entraîner la responsabilité de l'Etat, d'autre part. Deux faces d'une même question : annulation-réparation.

Nous voulons insister sur la nécessité de faire cette distinction essentielle pour l'étude théorique de notre sujet. S'il valait mieux, croyons-nous, étudier la jurisprudence du Conseil d'Etat dans le seul ordre logique de son développement, il nous semble, par contre, indispensable de montrer que l'acte de gouvernement touche à deux ordres de problèmes généraux différents : l'annulation des actes des services publics - la responsabilité à l'occasion des actes des services publics.

On ne peut définir une chose inconnue que par rapport à une autre chose connue. C'est donc en recherchant la manière dont l'acte de gouvernement pourrait s'intégrer dans les théories bien éta-

blies de notre droit sur l'annulation des actes de l'Etat et la responsabilité que nous pourrions fixer sa nature juridique.

Si la nature de l'acte de gouvernement devait fournir la preuve que l'excès de pouvoir ne peut s'appliquer à cet acte et que la responsabilité de l'Etat ne saurait être mise en cause, la jurisprudence du Conseil d'Etat se trouverait entièrement justifiée.

I. — LE PROBLÈME DE L'ANNULATION.

Les services publics fonctionnent normalement par des actes administratifs. Mais ces actes peuvent causer des préjudices aux particuliers et deux questions se posent alors : l'acte excédait-il les pouvoirs de son auteur, et une indemnité est-elle due ?

L'annulation en droit public français se révèle sous la forme du recours pour excès de pouvoir. L'effet du recours est l'annulation par le juge administratif de la décision entachée d'excès de pouvoir. Il y a donc opposition facile entre le recours pour excès de pouvoir, aboutissant à l'annulation d'un acte et le recours de pleine juridiction qui permet au juge de réformer l'acte et de décider sur ses conséquences pécuniaires.

Sans faire de cette distinction une opposition définitive qui se trouverait contraire au rapprochement opéré par la jurisprudence récente entre les

deux contentieux (arrêt Carteron, 29 juin 1906 ; arrêt Boussuge, 29 novembre 1912), nous l'utiliserons cependant pour marquer plus nettement les deux théories que nous allons examiner : annulation-réparation.

Sans doute le recours pour excès de pouvoir n'est-il pas le seul mode d'annulation des actes administratifs mais c'est le plus important et le seul applicable à notre matière.

M. HAURIOU (*Traité*, I, 385) le définit ainsi :

« C'est une voie de nullité contentieuse conférant au Conseil d'Etat le pouvoir d'annuler une décision exécutoire administrative, si celle-ci contient un excès de pouvoir formel de l'autorité qui a pris la décision (incompétence, violation des formes, détournement de pouvoir, violation de la loi). »

Le recours pour excès de pouvoir assure donc le contrôle de la légalité mais aussi de la moralité administrative. C'est là un double aspect que nous retrouverons au long de notre étude et sur lequel il faudra insister.

Le recours pour excès de pouvoir est cependant écarté dans certains cas, disait-on autrefois, par un certain nombre de fins de non-recevoir tirées de la nature de l'acte (arrêt Ville d'Avignon, 8 décembre 1899 et la note de M. HAURIOU au S. 1900. III, p. 73).

Nous dirons plus volontiers que le contrôle juridictionnel du Conseil d'Etat ne s'applique qu'à la légalité des décisions administratives sans appré-

cier leur opportunité. Ce qu'on a appelé, en effet, pouvoir discrétionnaire, n'est que la faculté d'apprécier librement l'opportunité pour l'Administration de prendre une décision.

On voit immédiatement le sens où doivent s'orienter nos recherches : en droit français la théorie du pouvoir discrétionnaire aboutit à retirer au contrôle juridictionnel du Conseil d'Etat toute une série d'actes du pouvoir exécutif. Ne peut-on rattacher les actes de gouvernement à cette catégorie d'actes incontrôlables, ce qui leur donnerait une nature juridique déjà connue, étudiée, et qui permettrait d'admettre la suppression de tous recours contentieux.

Nos explications vont donc porter sur le pouvoir discrétionnaire, son caractère incontrôlable et la possibilité de faire rentrer dans ses décisions les actes de gouvernement.

Dire qu'il existe un pouvoir discrétionnaire signifie qu'un caractère des actes du pouvoir exécutif échappe à tout contrôle juridictionnel, en d'autres termes que, si la légalité est vérifiée par le Conseil d'Etat, l'opportunité lui échappe. Le pouvoir discrétionnaire consiste à décider librement d'agir. Nous citerons à l'appui de cette définition un arrêt du Conseil d'Etat prouvant que, si la haute juridiction doit vérifier la légalité d'une décision, elle n'a pas à en apprécier l'opportunité.

Arrêt de Lostende et Gabard, 7 février 1908.

Rec., p. 121 (recours contre un arrêté préfectoral rapportant une nomination de garde particulier : « il n'appartient pas au Conseil d'Etat d'apprécier l'opportunité de l'arrêté attaqué »).

Une première confusion à éviter dans l'étude du pouvoir discrétionnaire est celle que commettait l'ancienne jurisprudence du Conseil d'Etat en admettant l'existence d'actes discrétionnaires. Or il faut s'échapper complètement de ce stade où l'on recherchait si certains actes peuvent, par leur nature, échapper à tout contrôle juridictionnel. Il n'y a que des actes administratifs, et l'acte administratif implique le contrôle du Conseil d'Etat. Ce n'est donc pas sur la nature des actes que l'incompétence de la juridiction administrative pourra jamais s'appuyer. Nous devons seulement examiner si les pouvoirs de l'Administration ne comportent pas un certain domaine de libre appréciation des circonstances, qui serait exclusif du contrôle juridictionnel.

Le Doyen HAURIOU définit parfaitement le problème dans sa note sous l'arrêt Grazietti (31 janvier 1902. S. 1903. III. 113).

« Il n'y a pas d'actes discrétionnaires, il y a un certain pouvoir discrétionnaire de l'Administration qui se retrouve plus ou moins dans tous les actes et qui est essentiellement le pouvoir d'apprécier l'opportunité des mesures administratives. Ce pouvoir est discrétionnaire parce que le juge administratif n'est pas juge de l'opportunité ; l'ap-

préciation de l'opportunité est laissée entièrement à l'administration active ; elle constitue son domaine réservé. Il y a des actes où la question d'opportunité a plus d'importance que dans d'autres, mais il n'y a pas d'actes où, à côté de la question d'opportunité, on ne puisse soulever des questions de légalité ou même des questions de moralité administrative ; or la légalité et la moralité administrative ne sont pas discrétionnaires, elles sont obligatoires. »

Nous ne parlerons donc que de pouvoir discrétionnaire car les termes d'actes discrétionnaires peuvent laisser croire à l'existence d'une catégorie d'actes de nature incontrôlable. Il n'y a pas d'actes incontrôlables, mais, dans tous les actes administratifs, l'appréciation de l'opportunité reste discrétionnaire et par conséquent exclusive du contrôle juridictionnel.

Telle est la théorie classique du pouvoir discrétionnaire.

Mais le dernier état de notre jurisprudence ne nous semble pas ratifier la distinction si claire du Doyen HAURIU : légalité-opportunité.

Il nous faudrait pour faire une étude complète du pouvoir discrétionnaire faire mieux qu'une allusion aux théories allemandes (TEZNER dans *Jahrbuch des öffentlichen Rechts*, t. 5, p. 67) qui étudient particulièrement le problème de l'existence de ce pouvoir. Mais ce serait dépasser singulière-

rement le cadre de nos recherches et nous renvoyons pour les détails à la thèse récente de M. GOLDENBERG (Administration des juges, 1932).

Il nous semble impossible de nier la distinction entre le pouvoir discrétionnaire et le pouvoir lié. Dans certains cas, les services publics font des actes où n'entre en aucune façon l'appréciation de l'opportunité à les réaliser ; ces actes sont des réflexes légaux. Il y a là un pouvoir lié, c'est-à-dire, obligé de se confiner à la stricte observation des prescriptions légales.

Au contraire, dans la plupart des actes administratifs, on trouve une certaine liberté, ne serait-ce que dans le choix des moyens, qui constitue le pouvoir discrétionnaire (permis de chasse - de bâtir - délivrance de certificat de bonnes vie et mœurs).

La complexité de la vie administrative moderne et l'augmentation du nombre des fonctions de l'Etat sont les causes pratiques de cette liberté d'action que nous reconnaissons aux services publics. Cela est trop évident pour qu'il soit nécessaire d'y insister. Il faut laisser aux administrateurs un domaine d'appréciation libre pour qu'ils puissent adapter les règles générales aux circonstances (cf. BONNARD, Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir. *R. D. P.*, 1923, p. 363).

Mais pouvoir discrétionnaire ne signifie pas pouvoir arbitraire. Et c'est ce qui va faire, pour notre étude des actes de gouvernement, le principal inté-

rêt de ces recherches sur les limites apportées au pouvoir discrétionnaire ; on voit, en effet, combien est importante cette idée du contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire. On admet donc que l'appréciation de l'opportunité par l'Administration est soumise à certaines limites. C'est un point qui, une fois précisé, sera de grande utilité pour tenter la théorie de l'acte de gouvernement.

Dans un article de la *Revue de Droit Public*, 1930, M. WALINE signale très justement que les limites du pouvoir discrétionnaire peuvent être législatives ou juridictionnelles. Car, « ce n'est pas parce que le juge contrôle l'administrateur que celui-ci perd son pouvoir discrétionnaire ; c'est parce que la loi lui a déjà enlevé ce pouvoir que le juge peut intervenir. » Cela est bien évident mais ce qui nous intéresse en réalité maintenant, c'est la définition pratique, donc jurisprudentielle de ces limites posées à l'action discrétionnaire de l'Administration.

Il faut prendre pour point de départ la formule du Doyen HAURIU sous l'arrêt Grazietti (*op. cit.*) : la légalité s'impose à l'Administration mais la liberté d'apprécier l'opportunité lui reste.

On voit immédiatement que si cette proposition éclaircit nettement le problème en séparant deux domaines, elle reste insuffisamment précise sur les termes de cette distinction.

Des études furent donc poursuivies sur les motifs

des actes administratifs et leur qualité juridique. On peut résumer leurs recherches ainsi. On analyse les mesures administratives de la façon suivante : appréciation des faits, appréciation des mesures à prendre.

Quant à l'appréciation des faits, le Conseil d'Etat a affirmé que le contrôle de leur matérialité n'excédait pas sa compétence (cf. arrêt Camino, 14 janvier 1916, p. 15 et Waline, *op. cit.*, p. 216) puis, qu'il lui appartenait également de vérifier si ces faits étaient de nature à motiver les décisions qui furent prises (arrêt Genet, 28 mars 1924, p. 347). Et même l'appréciation par les services administratifs des conséquences futures de leur décision ne semble plus discrétionnaire ; le Conseil d'Etat annule bien, en effet, des arrêtés interdisant les cortèges sur la voie publique, il apprécie donc que l'ordre n'aurait pas été troublé et contrôle ainsi l'appréciation contraire de l'Administration.

Mais l'Administration reste libre du choix des moyens. Le Conseil d'Etat se refuse, en effet, à apprécier « l'opportunité des mesures ». On peut se demander cependant si la liberté des administrateurs reste très grande. Dans un certain nombre d'hypothèses intervient, en effet, une idée fort juste qu'exprimait M. WALINE en signalant les restrictions législatives à l'action discrétionnaire. Souvent les mesures à prendre sont spécialement fixées par la loi et ne laissent à l'Administration aucune liberté de décision (mesures de police sani-

taire, par exemple). D'autre part, lorsque le Conseil d'Etat juge une question de légalité, elle comporte souvent l'appréciation de l'opportunité ; les deux domaines que voulait marquer HAURIU ne sont pas aussi nettement séparés. Prenons les mesures de police telles que l'interdiction des cortèges ou la réglementation de la circulation ; le Conseil d'Etat lorsqu'il examine la question de légalité (la décision rentre-t-elle dans les pouvoirs de son auteur) ne peut repousser l'examen de l'opportunité (était-il raisonnable de prendre cette mesure).

M. WALINE conclut d'ailleurs que « toutes les fois qu'une liberté publique est restreinte par une mesure de police, la mesure n'est légale qu'à la condition d'être nécessaire, donc opportune ; et l'autorité juridictionnelle, gardienne des libertés publiques, en vertu du principe de légalité devra, saisie d'un recours, vérifier cette nécessité et cette opportunité, ce qui a pour conséquence de supprimer le pouvoir discrétionnaire de l'administrateur en cette matière ».

Que reste-t-il donc de la division du Doyen HAURIU avec les progrès de cette jurisprudence du Conseil d'Etat ? Il nous semble que sa formule n'est plus adaptée aux idées actuelles et une autre proposition s'impose à nous : « le Conseil d'Etat a dépassé le stade du juge pour devenir un supérieur hiérarchique de l'Administration. »

Nous en sommes arrivés, en effet, à un point où

le pouvoir discrétionnaire ne peut se révéler dans aucun acte. Il faut toujours que l'auteur de l'acte soit compétent (contrôle de l'incompétence), observe les formes légales (contrôle des vices de forme) et les règles légales qui organisent son pouvoir discrétionnaire (violation de la loi) et le but qu'il doit réaliser (détournement de pouvoir).

Les quatre hypothèses du recours pour excès de pouvoir sont donc aujourd'hui possibles contre les actes du pouvoir discrétionnaire. Et c'est par le moyen du détournement de pouvoir que s'est réalisée la transformation du Conseil d'Etat, juge administratif, en supérieur hiérarchique de l'Administration.

Le Conseil d'Etat a décidé qu'il pouvait annuler les actes du pouvoir exécutif pris « dans un but autre que celui en vue duquel ces pouvoirs ont été confiés à l'autorité compétente ».

Il ne nous semble pas facile de donner une formule fixant exactement le point de l'évolution jurisprudentielle sur cette question délicate. On ne peut pas dire, de façon absolue, quelles sont les limites actuelles du domaine discrétionnaire de l'Administration à cause précisément de ce contrôle hiérarchique que tend à revendiquer le Conseil d'Etat.

Combien plus simple était sans doute la distinction légalité-opportunité du Doyen HAURIOU. Mais il faut l'abandonner définitivement car le Conseil d'Etat contrôle, nous l'avons vu, l'oppor-

tunité dans un certain nombre d'arrêts. L'introduction de l'idée du détournement de pouvoir dans le pouvoir discrétionnaire permet au juge administratif d'annuler tous les actes qui, à son avis, ne rentrent pas dans le cadre du pouvoir conféré à l'agent pour réaliser un but défini. Ce n'est plus un contrôle de légalité mais véritablement un contrôle hiérarchique.

C'est là une tendance trop importante de notre jurisprudence moderne pour ne pas insister, d'autant plus que la répercussion en est très nette sur l'objet de notre étude.

Le caractère du Conseil d'Etat, supérieur hiérarchique, est relevé déjà en 1908 et 1909 sous deux arrêts également importants à divers points de vue par les commissaires du gouvernement.

Un arrêt Marc et Chambre syndicale des propriétés immobilières de la Ville de Paris du 5 juin 1908 (p. 611) définit les pouvoirs des autorités municipales en matière de règlements sanitaires et les limites que leur fixe le respect dû à la propriété privée et à la liberté de l'industrie. M. TEISSIER, commissaire du gouvernement marque nettement dans ses conclusions le rôle que doit assumer le Conseil d'Etat :

« ... Est-ce à dire que les maires vont se trouver investis, en matière de police sanitaire, de pouvoirs absolument arbitraires et qu'ils pourront librement insérer dans leurs règlements les dispositions les plus fantaisistes et les plus attentatoires au droit

de propriété ? En aucune façon et le juge, aussi bien celui de la répression que celui des excès de pouvoir, aura à rechercher si les maires n'ont pas fait de leurs attributions réglementaires un usage abusif et condamnable. C'est qu'en effet, si le législateur a entendu augmenter les pouvoirs de police des maires en matière de règlements sanitaires, il n'a pas du moins voulu que ces pouvoirs fussent sans limites. « Les pouvoirs conférés aux maires en matière d'hygiène, disait M. CORNIL, dans son rapport au Sénat, sont limités par l'obligation de respecter les principes du droit public, c'est-à-dire la liberté individuelle, la liberté du commerce, de l'industrie et de la propriété. »

Vous aurez donc à rechercher si les maires n'ont pas fait un usage abusif des pouvoirs à eux dévolus dans l'intérêt de la santé publique et si les dispositions des règlements sanitaires ne sont pas contraires à quelque principe de droit public ou à quelque droit privé particulièrement respectable. Fréquemment cette recherche sera chose difficile et nécessitera un dosage méticuleux des sacrifices qu'on peut demander aux droits individuels et spécialement à la propriété dans l'intérêt de l'hygiène bien entendu de la collectivité... »

Nous avons tenu à reproduire ce passage, car il expose en quelques traits rapides les éléments du contrôle de l'opportunité par le Conseil d'Etat. La seule limite qui puisse guider la haute juridiction c'est « l'intérêt de l'hygiène de la collectivité ».

Voilà le but administratif que doit réaliser l'administrateur par ses décisions de police sanitaire. Et le juge viendra contrôler si ces mesures étaient opportunes, par un « dosage méticuleux des sacrifices qu'on peut demander aux droits individuels ». Ce n'est plus là juger et cette ligne de conduite indiquée par M. TEISSIER est l'origine du pouvoir hiérarchique du Conseil d'Etat qui se place dans les mêmes conditions de fait que l'administrateur et examine en réalité si, placé dans ces conditions, il aurait pris la décision critiquée. Voilà bien le type du contrôle de l'opportunité.

Nous retiendrons la particulièrement importante notion d'intérêt de la collectivité comme but final à réaliser. C'est là un critère qui doit être compris dans le sens le plus large et étendu à toute la matière du pouvoir discrétionnaire. Le contrôle de l'opportunité par le Conseil d'Etat aboutit à vérifier si les mesures administratives ont été prises pour réaliser l'intérêt de la collectivité, c'est-à-dire l'ordre public.

L'indication du rôle de supérieur hiérarchique que peut jouer le Conseil d'Etat est encore plus nettement marqué dans les conclusions de M. le commissaire du gouvernement CHARDENET sous l'arrêt Abbé Olivier et autres c/ Maire de Sens du 19 février 1909 (p. 181) :

« ... Vous qui avez à statuer sur le maintien ou l'annulation des règlements, vous qui êtes appelés à jouer un peu le rôle de supérieur hiérarchique des

autorités administratives, vous devez examiner quelle est la limite des pouvoirs du maire, vous devez rechercher jusqu'à quel point les prescriptions de ses arrêtés sont légales et à partir de quel moment elles deviennent abusives. Vous l'avez toujours fait. Si nous nous reportons à votre jurisprudence, nous voyons que vous avez toujours recherché si des arrêtés municipaux interdisant, soit des processions, soit des cérémonies religieuses, soit l'exhibition d'emblèmes religieux sur la voie publique, soit le port des ornements sacerdotaux par le clergé dans les convois funèbres — vous avez toujours recherché si ces arrêtés avaient été pris dans l'intérêt de la circulation ou dans l'intérêt du maintien de l'ordre public...

« Nous reconnaissons que cette appréciation — comportant l'examen de circonstances toutes locales — est souvent fort délicate pour vous qui êtes loin des communes où ont été pris les arrêtés attaqués... Quelque délicate que soit cette appréciation, il vous appartient de la faire, du moment que le recours pour excès de pouvoir est recevable, — du moment qu'il est admis que les particuliers peuvent venir vous dire que le maire s'est trompé, que l'ordre public n'exige point des mesures semblables à celles qui ont été prises... »

Cette notion d'intérêt du service est encore invoquée dans l'arrêt Moreau du 7 juillet 1916 (p. 276) ; cette décision relève que la mesure attaquée n'a pas été prise « dans un but autre que la sauvegarde

de l'intérêt général et le bon fonctionnement du service. »

Voici donc le seul élément fixe qui nous donne le moyen de réaliser les intentions du Conseil d'Etat. Toutes les fois que le bon fonctionnement du service public ou l'ordre public sont en jeu, le contrôle est possible. Mais n'est-ce pas là l'unanimité des cas et ne peut-on dire qu'en réalité le Conseil d'Etat apprécie désormais l'opportunité ? (cf. GIRAUD, 1924 et WELTER, thèse, 1929).

Nous croyons cependant qu'une distinction n'a pas été marquée assez nettement par les auteurs qui ont voulu faire actuellement du Conseil d'Etat le juge de l'opportunité en même temps que de la légalité.

Ce qui rend particulièrement délicat de fixer les limites exactes du contrôle juridictionnel du Conseil d'Etat c'est que le contrôle de l'opportunité est une notion difficilement séparable de l'appréciation des faits. Dans les arrêts que nous avons cités, doit-on dire que les suggestions des commissaires du gouvernement tendaient à faire apprécier par le Conseil d'Etat les faits seulement ou aussi l'opportunité ? Les termes nous paraissent trop affirmatifs pour ne pas croire que le contrôle de l'opportunité n'était pas réalisé.

Et cependant, dans d'autres arrêts, les formules du Conseil d'Etat sont plus nettes. Il déclare qu'« il ne lui appartient pas d'examiner l'opportunité de la mesure et le bien-fondé des motifs, sauf dans le

cas où l'inexistence flagrante des faits allégués laisserait sans aucune base l'acte attaqué... » (arrêt Girard, 5 juillet 1918, p. 665). Voici donc une décision qui marque fort clairement la distinction entre la vérification de l'existence des faits et le contrôle de l'opportunité (de même les arrêts Bonnet, 21 juillet 1922, p. 647 et Cocol, 10 mars 1926, p. 260).

M. WELTER explique en ces termes les principes juridiques de cette nouvelle distinction (*op. cit.*, p. 465) :

« Ainsi le juge n'est jamais compétent pour vérifier si l'auteur d'un acte administratif, fondé sur des motifs reconnus existants et tendant à la sauvegarde de l'intérêt général et au bon fonctionnement du service, a tiré les conséquences justes des circonstances de fait se trouvant à la base de sa décision. Le juge de l'excès de pouvoir n'est pas juge du fait pris en lui-même. Tout ce qu'exige le principe de la moralité administrative dont l'Etat se constitue le gardien, c'est que l'acte juridique public présente une correction parfaite quant au but auquel il tend. Ce qui, dans les éléments de l'acte reste en deçà des limites de ce postulat, échappe à l'action du contentieux et rentre dans le pouvoir discrétionnaire de l'autorité administrative, seule responsable devant le public de l'usage qu'elle fait de ses droits... »

Si les limites théoriques de cette distinction faite par M. WELTER peuvent paraître claires, nous per-

sistons à croire que la tendance actuelle du Conseil d'Etat est au contrôle de l'opportunité. Sans doute avons-nous cité des arrêts où ce contrôle est expressément repoussé. Mais dans d'autres arrêts nous avons aussi constaté que le Conseil d'Etat se mettait en quelque sorte à la place de l'administrateur pour apprécier la situation de fait et décider ensuite si la mesure attaquée avait été prise correctement. Est-ce là apprécier les faits ou contrôler l'opportunité ?

Nous préférons faire appel à la tendance conciliatrice de M. ALIBERT qui écrit (*op. cit.*, p. 52) :

« Le pouvoir d'investigation du Conseil d'Etat expire aux limites de l'opportunité : sous peine, en effet, d'empiéter sur l'administration active, ou même de se substituer à elle, le Conseil d'Etat s'interdit d'apprécier l'opportunité des actes administratifs qui lui sont déférés aux fins d'annulation.

Mais il est parfois bien difficile de faire un départ exact entre l'examen de l'opportunité et l'appréciation des faits. C'est au Conseil d'Etat qu'il appartient de fixer les frontières des deux sortes d'investigation ; or, la jurisprudence tend de plus en plus à reculer ces frontières de manière à élargir le contrôle des faits par une restriction très sensible de la notion d'opportunité. »

Que ce soit une tendance, comme le dit M. ALIBERT, ou une réalité déjà affirmée par la jurisprudence du Conseil d'Etat, il faut bien convenir que la haute juridiction administrative mérite déjà

de toutes façons le qualificatif de supérieur hiérarchique de l'Administration. La mission qu'il s'accorde, de vérifier si l'intérêt du service et l'ordre public ont été efficacement servis, nous permet de croire que la distinction légalité-opportunité ne correspond plus aux faits.

Nous sommes donc amené à dire que le Conseil d'Etat prend part à l'administration dans l'intérêt de l'ordre public et qu'il assure un contrôle des services publics dans un sens plus libéral et plus adapté aux faits que le contrôle administratif.

Le problème du pouvoir discrétionnaire étant donc ainsi défini par rapport à l'appréciation juridictionnelle du Conseil d'Etat, nous devons rechercher comment concilier l'existence des actes de gouvernement avec l'affirmation du Conseil d'Etat qu'il peut apprécier les faits dans l'intérêt du bon fonctionnement des services publics.

Les actes de gouvernement manifestent l'action du service public diplomatique, avons-nous dit. En quelle mesure le Conseil d'Etat devrait-il apprécier les décisions prises par ce service public en s'inspirant du critère de l'intérêt général que nous venons de dégager ?

Certains auteurs ont expliqué l'absence de tout contrôle par la difficulté de soumettre les faits au juge dans les affaires trop délicates que sont les actes de gouvernement (cf. notamment HAURIOU,

op. cit. et WELTER, *op. cit.*, p. 441). C'est faire allusion à la nature spéciale des actes de gouvernement, nature qu'aucune théorie n'a jamais élucidée. Ce n'est donc pas en ce sens qu'il faut poursuivre notre étude. La question est de savoir si les pouvoirs de contrôle du Conseil d'Etat sont inapplicables à la matière des actes de gouvernement.

Nous avons en quelque sorte admis que les seules catégories d'actes de gouvernement véritablement consacrés par la jurisprudence du Conseil d'Etat étaient, d'une part, les actes manifestant la collaboration du Gouvernement et du Parlement dans l'organisation constitutionnelle et d'autre part, certains actes diplomatiques.

Si l'on se souvient des explications que nous avons données sur ces deux sortes d'actes de gouvernement, on comprendra fort bien que nous approuvions simplement le Conseil d'Etat, lorsqu'il se déclare incompétent pour apprécier les actes de la première catégorie. Nous avons exposé (cf. notre chapitre III) que le rôle de gardien de la Constitution n'ayant pas été confié à notre haute juridiction administrative, la seule attitude logique est l'incompétence. Il faut bien voir d'ailleurs que ce n'est pas admettre que de tels actes sont des actes de gouvernement. Nous disons tout autre chose : le Conseil d'Etat est incompétent vis-à-vis de ces actes comme il serait incompétent pour juger d'un procès civil. L'acte qui manifeste la collaboration constitutionnelle du Gouvernement et du Parle-

ment n'échappe pas par nature à tout contrôle, il échappe seulement à l'appréciation contentieuse du Conseil d'Etat tel que l'a organisé la loi de 1872. Mais nous verrons qu'il est possible de concevoir un contrôle juridictionnel de ces actes par des tribunaux spéciaux jugeant de la constitutionnalité et que d'autres pays ont ainsi une jurisprudence qui apprécie la conformité des actes de collaboration entre le Gouvernement et le Parlement avec les règles de la Constitution.

Mais s'il nous paraît impossible d'assurer en France le contrôle de l'opportunité de ces actes, par contre les actes diplomatiques devraient lui être soumis.

Le Conseil d'Etat semble, en effet, réaliser une sorte d'incompétence automatique dès que les mots « service diplomatique » sont contenus dans un litige. Cependant sa jurisprudence est si bien établie sur la question de la vérification des faits invoqués pour justifier la mesure prise que nous nous demandons si le Conseil d'Etat ne pourrait pas exercer un contrôle plus efficace sur les actes diplomatiques.

Au lieu de constater simplement que l'acte attaqué « se rattache à l'exercice par le gouvernement de ses pouvoirs en matière diplomatique », le Conseil d'Etat devrait procéder à l'examen des faits de la cause.

En admettant même, par conséquent, que le Conseil d'Etat se déclare incompétent pour tous

les actes diplomatiques (ce que nous n'avons pas reconnu dans notre chapitre VII), nous voudrions qu'il procède en notre matière au même examen précis des faits que sa jurisprudence a si remarquablement imposé (cf. les développements précédents). Nous serions sûr alors que les actes dont il refuserait le contrôle ont cependant trouvé dans les faits une justification qui lui aurait semblé suffisante. Ainsi le reproche d'arbitraire ne serait plus invocable. A défaut d'un contrôle des actes diplomatiques nous aurions une justification de ces actes.

Nous croyons que la jurisprudence du Conseil d'Etat s'orientera en ce sens. Elle a marqué depuis déjà assez longtemps le désir de réduire cette catégorie imposante d'actes de gouvernement.

Le Conseil d'Etat a, en effet, affirmé, nous l'avons dit, que tous les actes d'un fonctionnaire diplomatique n'étaient pas des actes diplomatiques (arrêt Rouzier), ce qui équivalait à reporter la protection du fonctionnaire sur la fonction. Ce progrès fut important et le caractère objectif de l'incompétence du Conseil d'Etat est bien préférable.

Mais ce n'est pas assez et ce qu'il faudrait admettre c'est le contrôle de la situation de fait chaque fois que la question des actes de gouvernement est mise en cause. Il nous semble que le Conseil d'Etat n'est plus aussi indifférent au service diplomatique et ne se contente plus de se déclarer incompétent chaque fois que le ministre

invoque l'acte de gouvernement. Nous avons parlé de la jurisprudence du Conseil d'Etat sur les mandats internationaux et de l'étude particulièrement fouillée qu'elle en fit malgré le caractère délicat de ces affaires. Elles touchent, en effet, à la fois à l'application des traités et aux rapports de l'Etat français avec d'autres Etats. Cependant, le Conseil d'Etat n'a pas cru devoir se retrancher derrière une affirmation d'incompétence.

Sans doute le départ que fit le Conseil d'Etat entre ce qu'il peut apprécier et ce qu'il s'interdit de contrôler laisse-t-il encore place aux actes de gouvernement. Mais l'intérêt de cette jurisprudence très récente est de montrer que l'activité contentieuse du Conseil d'Etat ne s'arrête plus devant les seuls mots « rapports internationaux », et qu'en cette matière un contrôle très net des faits a été réalisé.

Les progrès accomplis sur un point ne vont-ils pas se généraliser ? Sans pouvoir affirmer que le Conseil d'Etat ira jusqu'à établir un contrôle absolu des faits en matière diplomatique, nous croyons que l'incompétence absolue et sans aucun examen deviendra de plus en plus exceptionnelle et que la jurisprudence future nous montrera un service diplomatique, libre dans l'appréciation de l'opportunité sans aucun doute, mais soumis au contrôle de la réalité des faits.

Il serait vraiment extraordinaire, avec les progrès de la jurisprudence sur les recours pour excès de

pouvoir, de voir se maintenir un domaine réservé sans aucun contrôle, même des faits, et où la seule étiquette d'acte de gouvernement suffirait à écarter tous recours.

Si l'on veut admettre qu'il y ait des actes de gouvernement, il ne doit pas suffire d'invoquer par une formule classique qu'ils se rattachent à une fonction qui échappe au contentieux administratif. Il faudra, dans chaque décision, examiner les faits et décider que ces faits révèlent bien que la fonction spéciale était en jeu. Alors on ne pourra plus dire que l'acte de gouvernement n'est qu'une survivance de la théorie de la raison d'Etat parce qu'il y aura un contrôle efficace des faits et que tous les actes qui échapperont au contentieux auront bien ce caractère indétachable du service diplomatique qui constituera peut-être le motif futur de leur situation spéciale.

II. — LA RÉPARATION.

Sans pouvoir, dans le cadre de cette étude, faire la théorie de la responsabilité de l'Etat, nous serons obligé cependant d'indiquer les grandes lignes du système auquel le Conseil d'Etat a consacré ses efforts depuis un siècle. Il est à peine utile de souligner les rapports entre la responsabilité de l'Etat et la théorie des actes de gouvernement. Nous avons marqué au début de ce chapitre que l'acte de gouvernement présentait deux faces en quelque

sorte : l'annulation et la réparation. Il faut donc retracer tout d'abord le système général de réparation des dommages causés par l'exercice de la puissance publique avant d'examiner la situation spéciale des actes de gouvernement par rapport à ce système.

La responsabilité de la puissance publique, construite peu à peu par l'apport incessant des décisions du Conseil d'Etat, s'est écartée des principes du droit civil, chaque fois que l'action de l'Etat n'était véritablement pas identique à celle d'une personne privée. Mais deux idées juridiques pouvaient inspirer la jurisprudence prétorienne du Conseil d'Etat, l'idée de faute et l'idée de risque.

Il est, en effet, facile de retrouver dans l'évolution de la jurisprudence un double courant qui remonte simplement aux deux principes possibles de responsabilité.

L'élément fondamental de la responsabilité de la puissance publique est sans aucun doute la faute du service public. La théorie de la faute est la théorie de droit commun et c'est son adaptation à la marche des services publics que nous rechercherons en premier lieu.

La responsabilité de l'Etat n'agissant pas comme personne privée n'est en aucune manière celle de l'article 1384 du Code civil. En dehors des arguments de pure forme qui relèvent ce fait que le Code civil n'entendait pas prévoir les rapports

entre l'Administration et ses agents, il est bien évident que ces rapports sont d'une nature différente de ceux qu'engendrent les contrats civils de louage de service ou de mandat (cf. Jean APPLETON, *op. cit.*, n° 140 ; HAURIOU, *op. cit.*, p. 365 ; DUEZ, *op. cit.*, p. 9).

Il convient donc d'abandonner les idées civilistes sur la faute génératrice de responsabilité pour étudier la notion spéciale de faute du service public. Depuis le célèbre arrêt Blanco du 8 février 1873 (Tribunal des Conflits au D. P. 1873.3.17) le Conseil d'Etat est reconnu seule juridiction compétente pour apprécier la responsabilité de la puissance publique. C'est donc de ses décisions que les auteurs ont pu déduire les principes du système de responsabilité pour faute du service public.

L'utilité que nous attendons de ce rapide exposé étant uniquement de fournir un tableau d'ensemble sur la responsabilité de la puissance publique, nous reprendrons la très claire classification que donne M. le Professeur Jean APPLETON dans son ouvrage sur le Contentieux administratif. Elle montre, en effet, fort bien que la faute du service public n'est pas une notion unique mais qu'elle s'adapte aux faits et présente des caractères fort différents selon le degré de puissance publique manifesté dans l'acte mis en cause.

M. APPLETON distingue trois sortes d'actes :

1. Lorsqu'il s'agit d'actes de quasi-souveraineté, il faut « une faute manifeste et particulièrement

grave » du service pour que la responsabilité de l'Etat puisse être engagée (arrêts Sinaïs et Duchesne du 4 janvier 1918 au D. P. 1920.III.1 et la note de M. J. APPLETON).

2. Pour les actes de police, il faut pouvoir invoquer contre l'Etat « une faute lourde ou une imprudence grave » (Vallet, 20 juin 1919, p. 534).

3. Pour les actes de gestion, les services publics seront tenus pour responsables de « toute faute du service, de quelque gravité qu'elle soit. » (Arrêt Blampin, 22 novembre 1918), l'Administration est responsable de ses retards. (De même, arrêt Brunet, 18 juillet 1919, p. 650 ; Epoux Buffard, 23 mars 1923, p. 283).

La classification de M. APPLETON exprime d'une façon très claire la préoccupation du Conseil d'Etat de trouver une faute grave lorsqu'il s'agit d'un acte touchant aux services de police et sa grande libéralité pour les services de gestion. Bien que ce soit, comme le dit M. DUEZ (*op. cit.*, p. 31) « une classification d'attente qui devance quelque peu une jurisprudence se cherchant encore », et qui ne peut comprendre tous les arrêts du Conseil d'Etat, il faut absolument en retenir cette idée que l'appréciation de la responsabilité est variable selon le degré de puissance publique qui s'est manifesté.

C'est là un point qui pourra nous servir en examinant la question de la réparation du préjudice causé par les actes de gouvernement.

Il est donc délicat de présenter le caractère de la

faute du service public puisqu'elle s'adapte si exactement à la diversité des actions des services publics. Mais pour la mieux comprendre, on peut relever que la faute du service public n'est pas dépendante d'une faute d'un agent. Il y a faute du service public sans que le fonctionnaire soit en même temps fautif ; le service peut fonctionner mal sans qu'aucun reproche spécial puisse être adressé aux agents. La faute du service public peut être « anonyme et objective » (DUEZ, *op. cit.*, p. 13).

Mais il ne faut pas en déduire que tous les dommages causés par les services publics entraînent une responsabilité. Il faut une « faute », il ne suffit pas qu'il y ait préjudice. Le service doit donc être critiquable dans son activité dommageable ; s'il ne l'est pas, ce n'est plus une responsabilité pour faute qu'on admettrait en le déclarant responsable, mais une responsabilité du risque.

Or, si nous avons indiqué, en débutant, que l'idée de risque avait sa place dans le système de la responsabilité des services publics, il faut bien prendre garde de la confondre avec la faute que nous venons d'étudier, faute objective, sans doute, mais faute réelle.

La théorie du risque consiste à faire assumer par les services publics la responsabilité des cas fortuits. La distinction classique entre les cas fortuits et la force majeure est trop connue pour qu'il soit nécessaire de la reprendre (cf. la note de

M. HAURIU, 10 mai 1912, Notes, t. I, p. 510). Le cas fortuit, inhérent au fonctionnement des services publics dispense donc le particulier lésé d'invoquer et de prouver une faute. Le seul rapport entre l'activité des services publics et le dommage causé une fois établi, la responsabilité sera affirmée. Il faut un dommage certain et direct, de même que s'il y avait une faute à l'origine, mais la théorie du risque, s'étant développée dans des domaines très spéciaux, a des caractères très particuliers qu'expliquent les matières mêmes auxquelles elle s'applique.

Le risque fut développé dans les questions de travaux publics et de dommages causés par les exercices militaires sur les champs de tir et polygones (cf. Jean APPLETON, *op. cit.*, n° 239 ; DUEZ, *op. cit.*, p. 37 sqq.). Puis le champ d'application de la théorie du risque s'est élargi (arrêt Cames du 21 juin 1895 avec la note approbative de M. HAURIU, t. I, p. 676 ; accident par cas fortuit à un ouvrier de manufacture d'armes). Mais parmi les décisions récentes du Conseil d'Etat, deux arrêts très importants ont projeté une nouvelle lumière sur l'idée du risque.

1. L'arrêt Regnault-Desrozières du 28 mars 1919 (avec la note de M. HAURIU, t. I, p. 686 ; au D. P. 1920.III.6 avec la note de M. Jean APPLETON) déclare l'Etat responsable de l'explosion d'un dépôt de grenades déposées dans les casemates du fort de la Double Couronne, « considérant... que

ces opérations comportaient des risques excédant les limites de ceux qui résultent normalement du voisinage, et que de tels risques étaient de nature en cas d'accident survenu en dehors de tout fait de guerre, à engager, indépendamment de toute faute la responsabilité de l'Etat. »

C'est donc une théorie du risque générateur de responsabilité que le Conseil d'Etat affirme clairement. Elle s'explique par une idée d'équité, les victimes d'un dommage aussi anormal doivent obtenir une réparation. M. HAURIOU, dans sa note (t. I, p. 686), sous l'arrêt Regnault-Desroziers, critique cependant cette nouvelle responsabilité du risque en montrant qu'elle peut entraîner l'Etat jusqu'à la responsabilité pour les cas de force majeure.

Mais plusieurs arrêts postérieurs ont affirmé la jurisprudence du Conseil d'Etat (cf. Compagnie P.-L.-M. du 26 mars 1920, p. 354 ; Colas, 21 mai 1920). Enfin la loi du 3 mai 1921 a transformé cette responsabilité créée par la jurisprudence en responsabilité légale pour tous les accidents survenus dans les établissements de l'Etat ou ceux qui travaillent pour la défense nationale.

2. L'arrêt Couitéas, du 30 novembre 1923, que nous avons étudié au chapitre des actes diplomatiques, est un second exemple de la théorie du risque. Le Conseil d'Etat n'a pas voulu relever de faute dans ce litige où une activité diplomatique était en cause mais devant l'iniquité qui serait

résultée d'une décision de rejet, il a consacré la théorie du risque pour préjudice anormal. Nous ne reviendrons pas sur le commentaire de cet arrêt mais on voit que les arrêts Regnault-Desroziers et Couitéas forment les bases d'un nouvel ordre de responsabilité : le risque.

Mais quelle peut être la place de la théorie du risque à côté de la faute du service public.

Les discussions sont assez vives sur ce point. Sans suivre le Doyen HAURIOU dans les critiques répétées dans ses notes sous les arrêts Regnault-Desroziers et Couitéas, il ne faut pas, par contre, faire de la théorie du risque, dans l'état actuel de la jurisprudence, l'équivalent de la faute de service et dire que les deux origines de responsabilité sont sur le même plan. En réalité la responsabilité des services publics de droit commun est la responsabilité pour faute et le risque n'intervient que lorsqu'on n'aperçoit aucun moyen de réparer un préjudice anormal résultant du fonctionnement de l'Administration. Les sentiments d'équité, de justice véritable, d'égalité des charges publiques étaient trop forts pour qu'on ne leur donne ainsi satisfaction. Grâce à la responsabilité pour risque il n'y a plus de sacrifices extraordinaires et particuliers à l'Etat. Mais cela n'empêche pas la faute du service public de demeurer le grand principe de responsabilité.

Ce résumé très rapide de notre système de res-

pensabilité va nous permettre de replacer les actes de gouvernement dans ce cadre général et de rechercher si, du côté réparation, des progrès ne sont pas à prévoir plus facilement que du côté annulation.

Nous avons montré au cours de notre étude par les décisions récentes du Conseil d'Etat que les recours en indemnité contre les actes diplomatiques n'étaient pas mieux accueillis que les recours en annulation (cf. chap. VII). Cela peut se traduire par cette idée générale que la faute du service public diplomatique n'est jamais appréciée.

Nous avons, en son temps, exposé que l'action diplomatique véritable nous paraissait devoir échapper à tous recours car elle n'intéresse pas directement les particuliers d'une part, et d'autre part elle entraîne une appréciation de l'opportunité qui ne convient pas au Conseil d'Etat. Mais, par cela même, le recours en indemnité sera également impossible, car il n'y aura aucun préjudice spécial pour tel individu dans l'action diplomatique de l'Etat français (conclusion d'un traité de commerce nuisant aux intérêts d'une catégorie de commerçants) et surtout il n'y aura pas faute du service public. Le droit commun de la responsabilité étant, en effet, la faute, il est impossible de relever dans l'action diplomatique proprement dite les éléments d'une faute. L'action diplomatique n'a jamais en vue des intérêts particuliers mais seulement l'intérêt de l'Etat et elle ne s'applique pas

aux particuliers. On ne voit pas de possibilités de fautes autres que celles qui consisteraient à commettre des erreurs dans la direction de nos rapports diplomatiques avec les Etats étrangers. Comment supposer un seul instant que ces erreurs puissent être considérées comme les fautes engendrant la responsabilité d'un service public.

M. le Professeur Jean APPLETON avait parfaitement jugé le problème en créant une première catégorie d'actes de « quasi-souveraineté », excluant toute appréciation de faute du service public. Il est clair, en effet, que certains actes de l'Etat comportent un élément de puissance publique plus important. La classification classique des actes d'autorité et des actes de gestion n'a pas d'autre origine. En notre matière il paraît normal que la responsabilité varie selon les actes qui engagent plus ou moins la puissance publique. Les actes de quasi-souveraineté se trouvent au sommet de cette graduation, ce sont ceux qui impliquent un pouvoir absolument discrétionnaire de l'Administration. Que ce pouvoir discrétionnaire soit justifié, c'est ce que nous avons essayé de montrer dans la première partie de cette conclusion. Les actes de gouvernement qui subsistent dans les arrêts du Conseil d'Etat sont des actes qui impliquent uniquement l'appréciation de l'opportunité, tâche qui devrait échapper à la juridiction administrative.

Mais ce qui importe actuellement c'est de voir

comment ces actes de quasi-souveraineté ou purement discrétionnaires ne permettent pas d'apprécier la responsabilité de leurs effets. Sans doute M. Jean APPLETON voit-il dans les actes de gouvernement une classe à part d'actes qui n'admettent aucun recours en réparation et reconnaît d'autre part que les actes de quasi-souveraineté engendrent une responsabilité pour faute manifeste et particulièrement grave. Mais il nous semble que cette place à part faite aux actes de gouvernement ne doit pas être maintenue. Ou bien l'acte de gouvernement est un de ces actes contre lesquels on ne conçoit pas de recours car ce sont des actes d'ordre constitutionnel qui ne peuvent provoquer aucun rapport avec les particuliers (convocation des Chambres, etc.). Ou bien l'acte de gouvernement n'est qu'un prétendu acte spécial et en réalité ne fait que manifester le pouvoir discrétionnaire de l'Administration d'orienter son action à sa guise (action diplomatique proprement dite) et nous ne voyons encore là aucune possibilité de recours en annulation. L'action diplomatique ne peut pas causer de préjudice spécial pas plus que l'orientation de la politique intérieure dans tel ou tel sens n'ouvre de droit à réparation aux particuliers. Nous avons cherché à établir cette absence de rapports entre les individus et le service diplomatique qui explique de façon logique l'inexistence de tous recours.

On voit alors comment la classification de

M. APPLETON nous paraît applicable sans faire exception de prétendus actes de gouvernement. En réalité, parmi les actes que le Conseil d'Etat se refuse à apprécier, il y a évidemment de ces actes de quasi-souveraineté, qui impliquent un pouvoir discrétionnaire de l'Administration et qui ne devraient engendrer de responsabilité que pour une faute manifeste ou particulièrement grave.

Il faut bien voir ici que, pour nous, l'acte de quasi-souveraineté ne devient pas un acte de gouvernement de second plan. Nous croyons seulement à une hiérarchie des fautes correspondant au pouvoir discrétionnaire marqué dans l'acte dommageable. Et l'acte de quasi-souveraineté sera donc simplement l'acte qui implique le maximum de pouvoir discrétionnaire, mais qui reste soumis aux règles de la responsabilité pour faute. Tout ce que nous avons donc critiqué, dans l'assimilation par le Conseil d'Etat des mesures d'exécution de conventions diplomatiques aux actes diplomatiques proprement dits, retrouve ici sa place. Ces actes qui ne sont certes pas des actes de gouvernement mais des actes administratifs impliquant une libre appréciation de l'opportunité, c'est-à-dire un réel pouvoir discrétionnaire, devraient être susceptibles de recours en réparation des fautes graves qui ont pu causer des dommages aux particuliers.

Cela ne serait que logique puisque la nature certainement administrative de ces actes ne renferme aucune protection contre les recours contentieux.

Et cela serait équitable, car les fautes graves du service consulaire ne méritent pas un régime d'intangibilité. Si nous avons rangé ces actes dans la catégorie, purement théorique d'ailleurs, des actes de quasi-souveraineté, c'est justement pour leur réserver ce bénéfice de la faute grave nécessaire pour établir la responsabilité. Tous les arguments qu'a pu invoquer le Ministère des Affaires étrangères sur la délicatesse des fonctions diplomatiques reprennent leur utilité. Reconnaissons donc que les rapports entre les simples particuliers et les services diplomatiques et consulaires mettent en jeu des questions de pure opportunité sur lesquelles l'Administration se décide librement ; il faut aussi admettre qu'une faute grave de ces services est nécessaire pour établir leur responsabilité. L'équité et les préoccupations politiques devraient ainsi se trouver d'accord.

Mais il faut absolument réclamer le principe de l'indemnisation pour faute de service. La question ne se pose plus pratiquement que pour les prétendus actes de gouvernement touchant aux rapports internationaux. Mais si l'on se rapporte aux décisions que nous avons citées au chapitre qui traite de ces questions, on apercevra combien le Conseil d'Etat est loin d'admettre la responsabilité pour faute du service public.

Si, en effet, certaines marques de libéralisme ont été révélées par la dernière jurisprudence du Conseil d'Etat, c'est sur un autre aspect du pro-

blème. Le Conseil d'Etat, dit-on, a utilisé la théorie secondaire, exceptionnelle de la responsabilité du risque pour remédier à ce que la théorie des actes de gouvernement aurait pu avoir de choquant en équité (et encore l'arrêt Couitéas n'est pas une question d'acte de gouvernement). Les auteurs avaient déjà suggéré d'admettre certains recours lorsqu'un acte de gouvernement porte atteinte à un particulier. M. HAUURIOU (p. 35 et 436, *op. cit.*) avait spécialement visé les atteintes à la propriété et M. JÈZE avait établi une théorie de la responsabilité pour préjudice spécial (*R. D. P.*, 1924, p. 77). Mais c'est l'arrêt Couitéas qui permet tous les commentaires et autorisa tous les espoirs. Cet arrêt a été trop longuement discuté pour que sa dissection juridique ne semble pas définitive. Elle a révélé que la privation de l'exercice d'un droit sans limitation de temps entraînait un préjudice dont l'Etat doit assurer la réparation bien qu'aucune faute ne puisse être relevée à l'encontre des services.

Faut-il dire que l'arrêt Couitéas consacre le principe de la réparation des dommages causés par les actes de gouvernement ? Nous ne le croyons pas car la mesure critiquée dans cette affaire n'était pas un acte de gouvernement (cf. chap. VII). Nous avons dit que le refus d'exécuter un jugement rendu au profit d'un particulier ne nous paraissait pas constituer un acte de gouvernement. Mais ce que nous pouvons retenir de l'arrêt Couitéas par

identité de situation, c'est que, chaque fois qu'un acte diplomatique qui ne constituera pas une faute de service entraînera pour un particulier un préjudice spécial, le droit à réparation lui serait ouvert (cf. Rapport de M. DUEZ, Institut de Droit public).

En laissant en dehors de la discussion actuelle la question de savoir s'il y avait ou non dans l'arrêt Couitéas un acte de gouvernement, cette décision apporte un moyen excellent de réduire les reproches contre les actes de gouvernement. On va donc considérer l'action diplomatique comme entraînant un risque possible et accorder une indemnité si le préjudice spécial est invoqué. Le résultat équitable sera donc matériellement obtenu. Mais la responsabilité du risque est-elle bien celle qu'il convenait d'établir en notre matière ?

Le Conseil d'Etat s'interdisant par principe l'appréciation de tout acte « se rattachant à l'exercice par le Gouvernement de ses pouvoirs en matière diplomatique » la responsabilité pour faute de service était impossible à affirmer. En admettant au contraire que les dommages causés par la diplomatie seront réparés sans qu'aucune critique n'effleure ce service, le Conseil d'Etat satisfait en réalité tous les intéressés, M. le Doyen DUEZ (*op. cit.*, p. 56) écrit en ce sens :

« Il semble que la doctrine du risque puisse devenir, pour le Conseil d'Etat, un ingénieux moyen à utiliser toutes les fois qu'il se refuse à censurer

l'action administrative et que cependant l'équité exige une réparation pour la victime du dommage. On aboutit ainsi à cette idée, paradoxale de prime abord, que la théorie hardie de la responsabilité pour risque n'est au fond, dans la jurisprudence récente du Conseil d'Etat, qu'une manifestation de la prudence déployée par la haute juridiction administrative, dans la censure d'actes confinant au domaine gouvernemental. »

Il nous paraît difficile, cependant, de suivre M. DUEZ sur ce dernier point, en séparant la jurisprudence du risque récemment admise (arrêts Rognault-Desroziers et Couitéas) de la jurisprudence bien établie déjà en matière de travaux publics et de dommages causés sur les champs de tirs et polygones. Si l'on veut justifier par un principe cette jurisprudence, il faut la systématiser sous l'idée d'égalité des charges publiques et ne pas séparer les arrêts récents de ceux qui ont formé la matière car ils s'inspirent tous de l'idée de préjudice spécial, anormal, dégagée dans les travaux de M. le Professeur JÈZE.

Mais le résultat est en tous cas très proche des idées de M. DUEZ. La responsabilité du risque dispensera le Conseil d'Etat de rechercher jamais les fautes des services diplomatiques.

Laissant à part la question purement pratique qui sera au fond résolue lorsqu'on pourra, en fait, obtenir une indemnité, nous ne croyons pas que le risque s'applique exactement au caractère juri-

dique des prétendus actes de gouvernement. En d'autres termes, si la théorie du risque est équitable, elle n'est pas juste.

L'acte de gouvernement est : ou bien un acte d'ordre constitutionnel qui exclue toute possibilité de recours contentieux parce qu'il est sans rapport avec les intérêts des particuliers et alors il n'y a pas de question ; ou bien c'est, en réalité, un acte administratif que la persistance certaine de l'idée du mobile politique protège injustement.

Dans cette dernière hypothèse, l'acte administratif des services diplomatiques peut fort bien constituer une faute de ces services et on ne voit pas la raison d'en épargner les conséquences pécuniaires. Sans doute, avons-nous dit que, dans la plupart des cas, les prétendus actes de gouvernement n'étaient que des actes révélant le pouvoir discrétionnaire de l'Administration. Il devient alors difficile de supposer qu'ils peuvent constituer des fautes du service public, l'appréciation de l'opportunité étant libre pour le service, il faudrait supposer une erreur de fait pour entraîner la responsabilité du service. L'appréciation de l'opportunité comporte, en effet, la liberté d'action et le choix des moyens. Mais le pouvoir discrétionnaire ne s'étend pas à tous les actes qui mettent en rapport les particuliers et l'Administration, même lorsqu'il s'agit des services diplomatiques. Nous avons rencontré des décisions en matière d'actes d'exécution des traités où l'acte mis en cause aurait parfaitement pu constituer

une faute du service public (arrêt Arnaud, 24 décembre 1926, p. 1149).

Le jour où la distinction sera faite entre les actes d'ordre constitutionnel sans effets directs et spéciaux pour les particuliers et les actes du pouvoir discrétionnaire que sont les autres prétendus actes de gouvernement, le régime de responsabilité sera entièrement modifié.

On a conçu l'espoir de réduire la théorie des actes de gouvernement en l'attaquant du côté de la réparation. C'est un moyen de réparer l'iniquité mais non de rétablir le droit. Survivance de la théorie du mobile politique, la théorie actuelle des actes de gouvernement disparaîtra de la jurisprudence du Conseil d'Etat lorsque la distinction entre pouvoir discrétionnaire et pouvoir lié sera clairement fixée. Si l'Administration bénéficie d'un domaine réservé, celui de l'appréciation de l'opportunité, il ne subsiste aucune raison de conserver une catégorie hétérogène d'actes de gouvernement, sorte d'anachronisme dans les principes actuels de notre droit. Ce n'est pas autre chose qu'admettre encore le mobile politique. Les développements à venir de notre jurisprudence administrative devront l'éliminer.

DEUXIÈME PARTIE

Droit comparé

Introduction

Nous ne pouvons espérer retrouver dans les systèmes juridiques étrangers les principes mêmes que nous connaissons en France. Mais l'intérêt essentiel du droit comparé est de rechercher, en des législations diverses, des idées communes, des institutions analogues permettant de poser les bases d'un droit généralement admis. Lorsqu'on retrouve dans une législation étrangère une institution, ce n'est pas toujours avec les mêmes caractères qu'elle est née ou s'est développée. La comparaison permet justement de voir sous les questions d'espèces le principe mis en cause et d'en mieux préciser les difficultés. Aussi bien, pour un problème complexe comme celui que nous envisageons, le droit comparé doit-il apporter de précieux renseignements. Il faudra voir tout d'abord si les actes

de gouvernement se retrouvent dans de nombreux systèmes juridiques, puis l'évolution des diverses jurisprudences et les conditions de leur développement ; ces recherches peuvent seules fournir des lumières sur la question de pure théorie : quelle est la nature des actes de gouvernement ?

Ce n'est donc qu'après avoir étudié les jurisprudences germaniques, anglaise, américaine et indiqué les grands traits de quelques autres systèmes étrangers que nous pourrons donner des conclusions sur la nature des actes de gouvernement.

Nous avons dit que les recherches comparatives ne permettaient pas de trouver toujours une conception identique dans tous les pays de la question étudiée. En notre matière spécialement, la notion d'acte de gouvernement ne s'exprime pas sous la forme française dans les systèmes germaniques ou anglo-saxons. Nous avons pu dire que les actes de gouvernement étaient « une série d'actes énumérés par le Conseil d'Etat et contre lesquels aucuns recours contentieux ne sont recevables ». Ces caractères font défaut dans d'autres pays et il faut adopter une autre définition des actes de gouvernement qui permette, malgré les différences, de comparer les législations que nous allons étudier. Dans tous les systèmes juridiques nous croyons retrouver la même caractéristique : il y a partout des actes particulièrement importants de la puissance publique dont le caractère politique a en-

traîné la législation ou la jurisprudence à prononcer l'exclusion des recours normalement admis contre les actes de l'Administration.

Il faut établir ce point de départ pour des recherches comparatives, car nous verrons que le problème s'est souvent posé de façon plus large qu'en France et que notre définition nationale ne nous eut pas permis de marquer les différences de situations. Pour éclaircir cette proposition, il suffira de signaler qu'en Allemagne les actes de gouvernement furent souvent des règlements dont les tribunaux étaient appelés à contrôler la légalité, hypothèse que la jurisprudence française envisagerait difficilement, semble-t-il. D'autre part, il n'y a pas toujours irrecevabilité du recours parce que le recours est souvent dirigé contre un autre acte, l'acte de gouvernement n'étant mis en cause que par une question préjudicielle.

Il nous a donc paru nécessaire de joindre le caractère d'acte politique à celui de non-recevabilité du recours. Non pas que cela indique l'adoption de la théorie du mobile politique mais pour avoir un élément de comparaison sûr dans les recherches que nous devons entreprendre. Le caractère politique des actes se retrouve partout ; la non-recevabilité du recours au contraire n'est pas universelle. Cela correspond d'ailleurs à nos précédentes conclusions sur le caractère des actes de gouvernement en France, survivance dans notre jurisprudence actuelle de l'ancien mobile politique.

La définition de base de notre institution étant donc posée, nous pouvons entreprendre l'étude des principaux systèmes juridiques étrangers. Sans avoir la prétention d'apporter une contribution nouvelle à la connaissance des législations étrangères, nous avons simplement et rapidement résumé des notions déjà bien connues sur les droits allemand, autrichien, anglais et américain. Notre sujet touche de trop près aux questions essentielles du droit public pour qu'il ait été possible de faire une étude détaillée de chaque système juridique, ce qui exigerait des volumes. L'intérêt d'un examen rapide de leurs principes permettra seulement de tracer le cadre général des relations entre l'Etat et le Droit sur ce point particulier des limites de l'arbitraire du pouvoir exécutif.

Notre étude a été grandement facilitée par les rapports présentés à l'Institut international de Droit public à la session de 1930, spécialement par M. le Professeur LAUN et M. le Professeur SMEND, qui fournissent l'essentiel du système allemand. C'est aux travaux de l'Institut que se réfère donc en premier lieu notre étude et aux traités classiques sur chacun des droits étrangers (cf. *Bibliographie de droit comparé*).

CHAPITRE PREMIER

Les systèmes germaniques

Il n'y a pas un droit administratif allemand. On sait en effet que les législations d'Etats diffèrent souvent mais il serait impossible de vouloir étudier les caractéristiques de chaque Pays ; notre étude s'est donc bornée aux systèmes de la Prusse et du Reich et nous signalerons au passage les exceptions notables que nous avons pu trouver dans les législations des Etats (JELLINEK, *Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer*, t. II).

La jurisprudence allemande est muette sur les actes de gouvernement jusqu'au début de notre siècle car aucun litige touchant au droit public n'était possible devant les tribunaux allemands. Tous les actes des pouvoirs publics jouissaient de la même protection absolue. Les tribunaux civils sans doute ne pouvaient juger que les litiges civils. Mais les tribunaux administratifs eux-mêmes n'avaient pas compétence pour apprécier les actes les plus importants des organes de l'Etat. Les Pays n'ont pas adopté une règle générale mais on re-

trouve dans toutes les législations la même préoccupation de limiter le contrôle ; soit que la loi énumère limitativement les actes rentrant dans la compétence des tribunaux, excluant ainsi tacitement les actes de gouvernement ; ou au contraire, elle spécifie que certains actes doivent échapper à tous recours :

Article 13, alinéa 2, loi du 16 décembre 1876 du Wurtemberg :

« Les recours devant la Haute Cour administrative lorsque et dans la mesure où les autorités administratives sont autorisées par la loi à user de leur pouvoir discrétionnaire ».

Article 13, alinéa 1, n° 3, pour la Bavière :

« La compétence de la Haute Cour administrative ne s'étend pas aux litiges et aux questions dans lesquelles les autorités administratives sont autorisées à user de leur pouvoir discrétionnaire.

Article 4, alinéa 2, loi 4 juin 1884 du Grand-Duché de Bade.

« Dans la mesure où les autorités, à l'intérieur des limites de leur compétence sont autorisées à user de leur pouvoir discrétionnaire dans le sens de la loi, il n'y a pas de recours ».

Les mêmes préoccupations se révèlent dans les législations d'après-guerre. Ainsi la loi hambourgeoise du 2 novembre 1921, article 46 :

« En tant que les autorités sont autorisées par la loi à faire usage de leur pouvoir discrétionnaire, et si la loi ne prévoit rien d'autre, le recours ne

peut pas s'appuyer sur l'argument que, selon leur juste pouvoir, elles auraient été obligées de procéder autrement. »

Cette formule un peu complexe est une allusion au détournement du pouvoir et exclut le contrôle pour ce motif, lorsqu'il s'agit d'actes du pouvoir discrétionnaire (cf. le chapitre IX, 1^{re} partie, *supra*).

L'article 9 de la loi du 6 janvier 1924 pour Brême encore, affirme les mêmes principes et l'article 33, alinéa 4 de la loi du 3 mars 1922 du Mecklenbourg-Schwerin :

« Le recours est exclu quand et dans la mesure où les autorités sont autorisées à user de leur pouvoir discrétionnaire ».

Enfin l'article 128 alinéa 2, du règlement administratif de Thuringe du 10 juin 1926 :

« Le recours n'est pas recevable dans la mesure où il était permis d'user du pouvoir discrétionnaire ».

La conclusion que nous pouvons dégager de ces clauses c'est que l'impossibilité de contrôler le pouvoir discrétionnaire rend inutile ici la théorie de l'acte de gouvernement. Il n'y a pas besoin d'actes de gouvernement parce que ces actes sont des actes pour lesquels on ne peut refuser aux autorités publiques l'usage du pouvoir discrétionnaire. Il a donc suffi de dire : ces actes ne sont pas contrôlés parce que ce sont des actes du pouvoir discrétionnaire. L'idée d'acte de gouvernement disparaît parce qu'elle est superflue. C'est là, un

point sur lequel nous reviendrons en étudiant dans la conclusion, la nature de l'acte de gouvernement. Il nous suffit de marquer ici que les pays allemands qui admettent le caractère incontrôlable du pouvoir discrétionnaire ignorent l'acte de gouvernement.

Cela s'explique parfaitement si l'on compare ce système avec notre jurisprudence où la tendance croissante du Conseil d'Etat à s'ériger en supérieur hiérarchique de l'Administration restreint de plus en plus le pouvoir discrétionnaire. L'Administration n'est plus libre, il y a un contrôle de l'opportunité. D'où la nécessité en France des actes de gouvernement, seul domaine réservé de l'Etat pour les actes d'importance politique. Ces mêmes actes en Allemagne, protégés par les législations que nous avons énumérées n'exigent plus de classification spéciale.

* * *

Certains Pays de l'Allemagne, tels la Prusse, la Bavière et le Reich lui-même pratiquent un système différent mais dont les résultats sont identiques à ceux des pays précédemment étudiés.

Ces législations, au lieu de prohiber formellement tout contrôle du pouvoir discrétionnaire, fixent limitativement la compétence des juridictions administratives. Et cette énumération législative ne comprend que des questions de droit. Chaque fois, par conséquent, qu'un acte administratif est indépendant de ces questions de droit, il ne

subsiste aucun contrôle. L'appréciation de l'opportunité échappe à toute critique, le résultat est donc le même que dans les Etats allemands déjà cités où l'exclusion de compétence est formelle. Tous les actes de gouvernement peuvent en effet être rangés dans cette catégorie d'actes du pouvoir discrétionnaire incontrôlables. Ils impliquent simplement l'appréciation de l'existence d'un motif politique et de l'opportunité de prendre une décision. Dans ces pays, en définitive, nous ne trouvons pas place pour l'acte de gouvernement parce que le pouvoir discrétionnaire n'est pas contrôlé. Dans tout acte de gouvernement par hypothèse, il y a une question d'appréciation de l'opportunité. Le caractère d'acte politique que nous avons relevé dans notre définition générale fait bien comprendre que la décision est librement envisagée par l'autorité. Par principe il n'y a pas question de droit mais libre appréciation.

Tous les actes de gouvernement, tels que nous les avons définis de façon générale au début de cette deuxième Partie, entrent donc dans la catégorie des actes du pouvoir discrétionnaire.

Il semble au premier abord impossible que la notion d'acte de gouvernement ait pu s'établir dans des Etats où le pouvoir discrétionnaire n'admet aucun contrôle, que la loi l'interdise formellement ou tacitement. Aussi est-ce d'une façon indirecte que s'est développé le contrôle des actes de gouvernement.

CHAPITRE II

Compétence des juridictions allemandes pour le contrôle indirect des actes de gouvernement

Le contrôle des actes de gouvernement dans la jurisprudence allemande ne s'est développé que par deux moyens indirects : le contrôle des règlements et l'action en responsabilité contre l'Etat.

Tous les règlements du pouvoir exécutif sont soumis au contrôle des tribunaux. Ce n'est pas là le contrôle de notre recours pour excès de pouvoir mais plutôt une appréciation de la légalité des règlements comparable à l'examen que nos tribunaux judiciaires ont coutume de faire en invoquant l'article 471, 15^e du Code pénal. Nous sortons ici du droit administratif pur, il ne s'agit pas d'un contrôle par des tribunaux administratifs, exercé directement sur les règlements. C'est un recours indirect, dirigé non pas contre le règlement mais contre l'application qui en fut faite à un cas particulier. De même en France le plaideur qui invoque l'illégalité d'un règlement sur le sta-

tionnement n'attaque pas directement ce règlement mais l'application qui lui en fut faite, c'est-à-dire la contravention.

C'est là un premier contrôle des règlements que signalent volontiers les juristes allemands. Nous imaginons moins facilement les actes de gouvernement sous la forme de règlements du pouvoir exécutif. Le règlement étant une disposition d'ordre général, nous ne pouvons le tenir pour un acte de gouvernement, acte de nature subjective puisqu'il enlève à une personne déterminée la protection sur laquelle elle pouvait normalement compter, c'est-à-dire, un recours contentieux.

*
* *
*

Le second moyen de contrôle indirect était l'action en responsabilité contre l'Etat pour faute de service. L'acte de gouvernement est invoqué comme motif de la demande en indemnité. Nous avons vu, en droit français, que les premiers progrès se faisaient avec le recours en indemnité ; la réparation précède l'annulation ; pour les actes diplomatiques, l'arrêt Couitéas a permis d'espérer une solution favorable dans l'avenir aux recours en indemnité.

Mais en Allemagne la pratique a montré une certaine timidité à contrôler les actes discrétionnaires, même en restreignant l'examen à certains points.

La loi prussienne du 1^{er} août 1909 puis la loi d'Empire du 22 mai 1910 vinrent substituer la responsabilité de l'Etat à celle du fonctionnaire. La jurisprudence n'hésitait plus à examiner une faute qu'on ne reprochait pas à un fonctionnaire mais qu'on invoquait comme un défaut de fonctionnement du service public. La responsabilité de l'Etat est inscrite dans la Constitution du Reich article 131, et M. SMEND y voit l'origine du véritable développement du contrôle indirect des actes du pouvoir discrétionnaire (Rapport, p. 17).

La responsabilité de l'Etat pouvait entraîner un danger, c'était l'appréciation d'actes de gouvernement purs, selon notre définition générale ; comment admettre qu'un procès en responsabilité contre l'Etat permit de mettre en cause un acte diplomatique, par exemple ?

L'article 5, alinéa 2 de la loi de 1910 (cf. *supra*) prévoit donc que le ministre des Affaires étrangères du Reich peut déclarer que l'acte d'un fonctionnaire de son département fut inspiré par des motifs politiques ou diplomatiques ; cette affirmation exclut la responsabilité du Reich.

M. SMEND indique les motifs de cette disposition (*op. cit*) p. 18.

« Le Gouvernement déclarait, au Rapport de la Commission du Reichstag du 17 mars 1920, qu'on ne pouvait pas bien demander aux tribunaux de décider des questions de service diplomatique qu'ils ne sauraient embrasser d'un coup d'œil. Il y avait

d'ailleurs à redouter un déplacement de la responsabilité constitutionnelle, le Chancelier assumant devant le Reichstag la responsabilité d'actes à caractère politique (responsabilité aujourd'hui assumée par le ministre des Affaires étrangères). Ces motifs font très nettement ressortir le caractère exceptionnel des actes de gouvernement. A côté de l'argument technique — absence de connaissances professionnelles de la part des tribunaux — on insiste sur la responsabilité politique que seul un organe politique peut assumer : c'est admettre nettement le caractère politique de l'acte de gouvernement ».

Ceci nous permet de douter un peu de l'efficacité du contrôle indirect prôné par le Professeur SMEND. Nous avons vu, en droit français, quelle part importante avaient les actes diplomatiques parmi les actes de gouvernement. Ils forment un bloc tenace au milieu d'autres prétendus actes de gouvernement qui s'expliquent en réalité par d'autres théories (cf. chapitres III, IV, V, et VI, I^{re} Partie).

C'est presque toujours en pensant à la responsabilité du service public diplomatique que nous avons raisonné. Et la loi d'Empire consacre formellement son immunité.

Bien loin de voir par conséquent dans les actions en responsabilité un contrôle indirect des actes de gouvernement nous serions tenté de dire que l'article 5, alinéa 2, loi 1910, ne fait que compléter le système d'incontrôlabilité des actes de

gouvernement. Comme les actes diplomatiques, d'autre part, ne se révèlent qu'exceptionnellement sous forme de règlements, le premier contrôle indirect sera de même inefficace. Il semblerait donc que pour cette part importante des actes de gouvernement l'exclusion de tout contrôle soit bien absolue. *

Pour accorder la même confiance au pouvoir d'appréciation des règlements et à l'action en responsabilité comme moyens de contrôle des actes de gouvernement, il faudrait en trouver la marque dans la jurisprudence récente. Ce sera l'objet de nos recherches dans le chapitre III.

CHAPITRE III

Les actes de gouvernement dans la jurisprudence. — Tribunal Suprême de Leipzig et Haute Cour Constitutionnelle

Avant d'entreprendre l'examen de cette jurisprudence, il nous faut rappeler à grands traits l'organisation des tribunaux supérieurs qui peuvent être compétents en notre matière. L'article 103 de la Constitution du 11 août 1919 définit l'organisation judiciaire du Reich :

« La juridiction s'exerce par le Tribunal du Reich (Reichsgericht) et par les tribunaux des Pays. »

Le Reichsgericht est le seul organe judiciaire du Reich car toutes les questions de droit civil ou pénal sont jugées par les tribunaux des Pays. La haute juridiction est donc comparable à notre Cour de cassation, provoquant l'unité de jurisprudence sur l'ensemble du territoire. Elle a en plus ce caractère d'être un des organes du Reich com-

mun aux Pays et de manifester la tendance unitaire de la nouvelle Constitution.

Mais le Reichsgericht n'est pas le seul tribunal supérieur. L'article 108 de la Constitution ajoute en effet :

« Il est institué une Haute Cour de Justice pour le Reich allemand conformément aux dispositions d'une loi du Reich. »

Une Haute Cour constitutionnelle fut donc créée en 1920, le Staatsgerichtshof. Sa compétence fut définie dans la Constitution (articles 16, 19). Elle tranche les litiges entre le Reich et les Pays ou entre ceux-ci ; elle statue sur toutes les difficultés constitutionnelles à l'intérieur d'un Pays et pour lesquelles aucun tribunal n'est compétent. La Haute Cour statue enfin sur les procès intentés par le Reichstag contre le Président, le Chancelier et les ministres du Reich pour violation coupable de la Constitution ou des lois du Reich.

Telles sont en résumé les deux juridictions dont nous allons étudier la jurisprudence.

Les premières hypothèses d'actes de gouvernement soumis au Reichsgericht furent évidemment les mesures d'état de siège (loi prussienne du 4 juin 1851). Nous avons cité de même en droit français de nombreuses décisions du Conseil d'Etat à la suite du décret d'état de siège ; nous rappelons que, si ce décret est inattaquable, les mesures d'exécution ont toujours été contrôlées. Nous avons établi

que cette solution semblait très correcte et satisfaisait l'équité.

« Le Reichsgericht n'a jamais admis, nous dit M. le Professeur SMEND, qu'il fut procédé à un examen objectif, étant donné qu'il s'agissait de mesures de nature tout à fait particulière. »

C'est donc la théorie de l'acte de gouvernement à son point de vue extrême que le Reichsgericht a adoptée sur cette première question de l'état de siège, se refusant à entraver les pouvoirs militaires, même de façon minime.

Le Reichsgericht eut d'autres occasions de se prononcer sur les actes de gouvernement. L'article 48 de la Constitution avait prévu que : «... le Président du Reich peut, lorsque la sûreté et l'ordre publics sont gravement troublés ou compromis dans le Reich allemand, prendre les mesures nécessaires à leur établissement ; en cas de besoin il peut recourir à la force armée. A cette fin, il peut suspendre totalement ou partiellement l'exercice des droits fondamentaux garantis aux articles 114, 115, 117, 118, 123, 124, 153 (ce sont les garanties des libertés et propriétés)...S'il y a péril en la demeure, le Gouvernement d'un Pays peut, pour son territoire, prendre des mesures provisoires dans le sens indiqué à l'alinéa précédent... »

Les ordonnances qui furent prises en exécution de cet article comprenaient des dispositions pénales comme sanction. Le Reichsgericht fut donc appelé à se prononcer sur la validité de ces ordon-

nances et exposa ses idées dans deux décisions du 19 janvier et du 7 avril 1925 que le Professeur SMEND commente ainsi :

« Le Reichsgericht dit que le juge n'a à l'égard des mesures dictatoriales qu'un droit de contrôle limité. La question de la nécessité, c'est-à-dire, le point de savoir si la sûreté et l'ordre publics se trouvent troublés au point de justifier une intervention — et celle de la convenance notamment du genre et de l'étendue des mesures prises —, ne relève cependant pas de l'examen du juge à qui une connaissance exacte des éléments de fait manque naturellement. Aussi le Reichsgericht ne lui impose-t-il que de rechercher s'il a été tenu compte des intentions de l'article 48 ; et en règle, l'assurance de l'autorité qui a pris l'initiative qu'elle agit par application des dites dispositions lui doit suffire. Ce ne serait qu'en cas de méconnaissance évidente des conditions juridiques de l'ordonnance d'urgence ou dans l'hypothèse d'un pur arbitraire qu'il faudrait contester la validité de l'acte de l'autorité. Enfin, en terminant, le Reichsgericht fait remarquer que pareille délimitation du droit de vérification du juge est absolument conforme à l'esprit de la Constitution, celle-ci soumettant expressément l'exercice du pouvoir dictatorial au contrôle politique du Reichstag. »

Nous avons reproduit ces motifs parce qu'ils marquent nettement la position du Reichsgericht devant les actes de gouvernement. Aucun souci

théorique ne l'inspire. Il réagit exactement comme notre Conseil d'Etat. A son avis, ce qui domine le problème c'est le motif purement politique qui inspire l'acte critiqué. Le Reichsgericht mis en présence d'une décision politique décidée, comme le Conseil d'Etat, que sa propre compétence est tout à fait étrangère à l'appréciation de tels faits. Mais la haute juridiction allemande marque un certain progrès sur notre jurisprudence en ce sens qu'elle ne rejette pas entièrement l'acte gouvernemental mais limite seulement son contrôle. On peut donc admettre de cette proposition que le Reichsgericht admet le détournement de pouvoir, même lorsqu'il s'agit d'ordonnances de nécessité, lorsque leurs motifs sont étrangers à la situation de fait. C'est là un point important et qui semble, du point de vue théorique, une solution correcte, laissant toute liberté au pouvoir politique et protégeant néanmoins contre l'arbitraire par l'examen du détournement de pouvoir. Le pouvoir discrétionnaire n'est limité que par un contrôle de légalité de la décision prise sans que le juge se substitue à l'administration.

*
* *
*

Nous avons vu qu'une loi d'Empire avait créé en 1920 le Staatsgerichtshof, Haute Cour constitutionnelle dont l'activité est importante. Sa compétence portant sur les difficultés constitutionnelles d'un Pays dépourvu de tribunal compétent, elle

fut appelée à se prononcer souvent sur des questions d'actes politiques.

Les partis politiques, les minorités parlementaires peuvent en effet porter à la Haute Cour des litiges touchant à l'interprétation de la Constitution. Le Staatsgerichtshof statua plusieurs fois sur des contestations de validité d'ordonnances, présentées par des partis du Landtag de Prusse, d'après l'article 55, Constitution prussienne. Il n'avait pas en effet les mêmes raisons d'hésiter que le Reichsgericht. Véritable cour constitutionnelle, créée pour apprécier justement les difficultés de droit constitutionnel, d'un droit qui se crée et s'interprète librement, le Staatsgerichtshof pouvait pousser son contrôle beaucoup plus loin. Il peut, en notre matière, examiner la situation de fait, vérifier si les conditions posées par la Constitution (urgence-péril) se retrouvaient bien. Mais il doit laisser la part du pouvoir discrétionnaire, il n'est pas un supérieur hiérarchique et son rôle se réduit au fond à éviter le détournement de pouvoir. C'est ainsi que le Staatsgerichtshof a annulé des ordonnances d'urgence, l'état d'urgence n'étant pas prouvé, ou les dispositions prévues n'étaient pas nécessitées par la situation de fait (SMEND, *op. cit.*, p. 26).

La jurisprudence allemande a donc vu le problème des actes de gouvernement, surtout sous la forme de vérification des ordonnances de nécessité. Dans notre droit au contraire, c'est le domaine de

la responsabilité de l'Etat qui fournit les situations litigieuses. Mais en Allemagne l'hypothèse s'est aussi présentée devant le Reichsgericht.

Après la dévalorisation du mark, un rentier poursuit le Reich en réparation de la perte subie du fait de l'inflation, celle-ci étant une gestion fautive des finances du Reich. La politique financière est bien en effet conçue et exécutée par le gouvernement. Le Reichsgericht a repoussé l'action, « exposant que le demandeur n'avait pas droit à une attitude monétaire déterminée du Reich, que le gouvernement avait agi dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire et n'avait pris que des mesures de service ne conférant pas de droits aux particuliers pris individuellement » (cité par le Prof. SMEND).

On ne saurait mieux exposer le principe que nous avons cherché à établir pour l'action diplomatique. Il n'y a pas de pouvoir lié de l'Etat en cette matière. Aucun texte n'oblige le pouvoir exécutif à prendre telles ou telles décisions de politique intérieure ou extérieure. Procédant par des mesures d'une application générale, l'Administration ne peut pas entrer ainsi en rapports directs avec les particuliers (cf. chap. VII). Son pouvoir discrétionnaire signifie justement qu'elle n'est jamais obligée de se conformer à des règles légales préexistantes, ce qui donnerait aux particuliers le droit à des recours contentieux pour assurer la stricte observation de ces règles.

* * *

Pour classer de façon plus claire les résultats de cet exposé du droit allemand nous dirons que les différences avec le droit français portent sur deux points.

I. Les tribunaux allemands ne se déclarent pas incompétents comme le Conseil d'Etat pour les actes de gouvernement. D'une part il existe en Allemagne des tribunaux constitutionnels qui n'ont aucun motif de se refuser à apprécier les actes de gouvernement. D'autre part, l'acte de gouvernement en Allemagne ne se présente pas devant les tribunaux de la même façon ; il n'y a pas de recours direct contre les actes de gouvernement, mais ils peuvent être invoqués par des exceptions (de légalité : contrôle des règlements ; de validité : responsabilité de l'Etat).

Cela explique que les tribunaux allemands ne se déclarent jamais incompétents directement pour des actes de gouvernement. Ils n'en jugent que les conséquences.

II. En France l'incompétence du Conseil d'Etat est absolue et se traduit par une fin de non-recevoir. En Allemagne, il y a un contrôle des actes de gouvernement, restreint à la légalité, mais c'est cependant une appréciation de leur validité. Il y a donc un examen juridictionnel des actes de gouvernement.

Mais un caractère commun réunit très nettement les deux systèmes juridiques. Les actes de gouvernement en Allemagne manifestent comme en France l'idée du mobile politique. L'acte de gouvernement ne se caractérise que par ses motifs d'ordre politique dont les tribunaux s'interdisent le contrôle.

Ce qu'on peut retenir comme tendance du droit allemand utile à notre étude comparative, c'est donc l'existence de ce caractère politique des actes de gouvernement survivance du mobile politique, avons-nous pu dire en droit français. Le droit allemand confirme cette conclusion.

Mais il apporte, au surplus, une indication intéressante pour les progrès possibles de notre jurisprudence. Le pouvoir discrétionnaire n'est pas exclusif de tout contrôle juridictionnel. En ne cherchant pas à contrôler l'opportunité des actes du pouvoir discrétionnaire et en assurant seulement leur légalité, le juge respecte la liberté d'appréciation de l'Administrateur. Il deviendrait alors inutile de faire une place à part aux actes de gouvernement. Le caractère politique n'étant pas contrôlé, il n'existerait plus de menace d'empiètements du juge sur l'administration.

CHAPITRE IV

Le Droit autrichien

Sous le régime antérieur à 1914, la loi du 22 octobre 1875 comportait un paragraphe ainsi conçu :

« Echappent à la compétence de la Haute Cour administrative... les affaires dans lesquelles les autorités administratives sont autorisées à user de leur pouvoir discrétionnaire et dans la mesure où elles y sont autorisées. »

Nous avons rencontré, avec l'étude des législations de Pays allemands, une rédaction identique et nous avons signalé que cette formule autorisait un contrôle pour détournement de pouvoir. L'expression « dans la mesure (insoweit) » montre bien qu'une appréciation doit être admise des motifs qui furent à l'origine de l'acte discrétionnaire.

La loi prévoyait donc formellement l'exclusion des recours contre les actes de gouvernement. En effet, nous avons montré que les actes de gouvernement sont des actes dont l'opportunité ne doit pas être contrôlée ; ils rentraient donc nettement

et sans discussion théorique dans cette catégorie d'actes interdits à l'examen de la Haute Cour administrative. Le problème des actes de gouvernement ne pouvait pas se poser ; par principe, ils étaient hors de toute appréciation judiciaire.

L'article 129, alinéa 5 de la Constitution nouvelle du 1^{er} octobre 1920 a de même prévu :

« Il n'y a pas illégalité lorsque, d'après les dispositions de la loi, l'autorité administrative était autorisée à agir avec un pouvoir discrétionnaire et qu'elle a fait usage de ce pouvoir dans le sens de la loi. »

Cette rédaction semblerait indiquer qu'un but général est fixé, même lorsque l'autorité agit avec un pouvoir discrétionnaire et que les décisions peuvent être contrôlées si elles ne recherchent pas cette fin générale qu'on peut penser être le « bien du service ». Mais M. le Professeur LAUN refuse aux termes « dans le sens de la loi » une telle portée.

« La Constitution n'a pas eu pour dessein d'étendre le contrôle de la Haute Cour administrative à l'ensemble du domaine du pouvoir discrétionnaire et de faire de cette Cour un supérieur hiérarchique. Il est admis qu'elle ne peut pas casser les actes du pouvoir discrétionnaire pour leur caractère inopportun. Mais pour des motifs illégaux, elle le peut » (LAUN, *op. cit.*).

La situation est donc toujours la même, il y a contrôle pour détournement de pouvoir comme sous la loi de 1875. Le pouvoir discrétionnaire n'est

pas contrôlé, il n'y a donc pas de place pour une théorie de l'acte de gouvernement ; elle est inutile.

* * *

Le Verfassungsgerichtshof, ou Cour de Justice constitutionnelle (articles 138, 1^o, 139) connaît de l'illégalité de tous les règlements, des autorités fédérales et des Pays. Mais il ne s'agit encore ici que d'un contrôle de légalité, article 139 :

« La Cour de Justice constitutionnelle, connaît de l'illégalité des règlements d'une autorité fédérale ou de Pays... » Il n'y a aucune appréciation possible de l'opportunité. De même que pour les simples actes du pouvoir exécutif, la Cour de Justice peut contrôler le détournement de pouvoir mais non l'opportunité. Ce que nous considérons comme le véritable pouvoir discrétionnaire, l'appréciation de l'opportunité est donc libre en droit autrichien. Les actes du pouvoir discrétionnaire ne subissent aucune atteinte du pouvoir judiciaire.

Quelle pouvait être la place d'une théorie des actes de gouvernement avec un tel système ? Invoquer une autre raison de protéger les actes publics devenait inutile puisqu'ils bénéficiaient de la même sauvegarde qui couvre tous les actes du pouvoir discrétionnaire. On ne saurait nier, en effet, que dans les actes politiques, l'appréciation de l'opportunité joue au plus haut point ; elle était libre, d'après la jurisprudence autrichienne. Cela suffi-

sait à écarter les actes de gouvernement, théorie inutile pour défendre ces intérêts politiques que nous avons trouvés à l'origine de tous les actes de gouvernement.

Mais si la jurisprudence n'invoque pas l'acte de gouvernement, la doctrine moderne le signale, soit comme un acte de raison d'Etat, soit comme un acte d'intérêt politique supérieur (TEZNER, *Das freie Ermessen der Verwaltungsbehörden*, 1924 ; HERRNRITT (1), *Öffentliches Recht*, 1925). Nous avons déjà exposé notre opinion sur la confusion entre les actes de nécessité et les actes de gouvernement. Par hypothèse un acte de nécessité n'est pas un acte juridique mais la violation de l'ordre établi et on ne peut pas plus fixer les limites d'un acte de nécessité qu'on ne peut empêcher un meurtre en droit pénal (cf. I^{re} Partie, chapitre VI).

Le droit autrichien ne fait donc qu'apporter un appui nouveau à cette idée que l'acte de gouvernement est un acte du pouvoir discrétionnaire. Il

1. D'après M. HERRNRITT, l'explication des actes de gouvernement en Autriche est déterminée par l'idée de droit subjectif des citoyens. Les actes ne touchent pas directement les droits privés des particuliers qui peuvent seuls être invoqués en justice. Il n'y aurait pas de fondement aux recours contre les actes de gouvernement. Il ne reste que la responsabilité politique et judiciaire des Gouvernements.

Nous avons avancé cette même idée au chap. VII. 1^{re} partie, mais en la restreignant à certaines hypothèses seulement de l'action diplomatique. La généraliser c'est affirmer l'arbitraire du Gouvernement. Il y a de nombreux cas où les pouvoirs de l'Administration ne sont pas discrétionnaires et il faut pouvoir contrôler leur exercice.

prouve par les faits que l'acte de gouvernement est inutile lorsque le pouvoir discrétionnaire n'est pas contrôlé dans ce qu'il comporte de libre appréciation de l'opportunité. L'acte de gouvernement ne manifesterait donc que le caractère de choix politique de ces décisions. Mais le contrôle juridictionnel reste possible pour la légalité, puisqu'on admet même le contrôle du détournement de pouvoir en respectant seulement le libre choix de l'administration.

CHAPITRE V

Le système juridique anglais

Les premières impressions que peuvent donner des recherches en droit anglais sont assez décevantes. Le système des décisions créant le droit, s'il présente l'avantage d'adapter parfaitement l'équité à l'espèce en cause, a par contre l'énorme inconvénient de n'autoriser aucune construction doctrinale. Il est inutile de déplorer l'absence de théories en droit anglais, il n'y a pas de place pour elles. Le système du cas est un système où le juge est maître et libre de sa décision. Les Anglais ne sauraient comprendre qu'une théorie abstraite les oblige à décider une solution toujours identique jusqu'au moment où le triomphe de la théorie inverse viendra provoquer un renversement de la jurisprudence.

Devant la complexité du droit anglais, nous aurions hésité à prétendre le comprendre si nous n'avions trouvé une promesse d'indulgence dans les *Collected Papers* (III, 400) de Maitland et l'as-

surance que « *Foreign lawyers are always better able to see us than we are to see ourselves* ».

* * *

Notre problème des actes de gouvernement ne semble pas avoir provoqué l'activité doctrinale. La jurisprudence y fait peu d'allusions. Mais les motifs de ce silence touchent à la fois au système judiciaire anglais et au régime du contrôle des autorités administratives. Nous devons nous expliquer à ce sujet.

Pour qu'il y ait acte de gouvernement, il faut que les juges contrôlent l'administration. C'est, en effet, une des règles du système administratif anglais que les Cours de justice peuvent contrôler les pouvoirs de l'exécutif. Et on voit immédiatement que s'il y a place en droit anglais pour les actes de gouvernement, c'est ici qu'ils se seront développés.

En réalité, les Cours de justice n'ont jamais été tentées de contrôler sérieusement les actes des administrateurs. Un souci de conscience professionnelle les a tout d'abord retenues. Lord SUMMER exprime ainsi ce souci : « They often accept the decisions of local authorities simply because they are themselves ill-equipped to weigh the merits of one solution of a practical question as against another » ROBERTS v/ HOPWOOD 41. T. L. R., p. 444.

Cependant c'est là un des moyens de contrôle des

pouvoirs administratifs que nous ne pouvons négliger et que nous préciserons. Mais auparavant il faut définir les règles juridiques anglaises permettant d'engager des actions contre l'Etat. Avant de chercher des actes de gouvernement, il faut encore montrer quelles sont les juridictions compétentes et leurs règles. Le système judiciaire de la responsabilité de la puissance publique en Angleterre est tellement différent de ce que nous connaissons qu'il faut nettement préciser cette organisation. Nous avons, en effet, signalé que l'acte de gouvernement présentait deux aspects : l'annulation et la réparation. La réparation est toujours formée comme une action en responsabilité contre l'Etat. Il faut donc bien connaître le système des responsabilités avant même de chercher les actes de gouvernement.

Le système administratif anglais est toujours dominé par cette affirmation que le droit commun s'applique à tous en Angleterre. Il n'y a pas de droit administratif, c'est-à-dire que les rapports des particuliers avec les services publics et les rapports entre services publics sont définis par les règles du droit privé.

Nous ne croyons pas devoir insister sur la comparaison entre les pays anglo-saxons et notre système. Nous reviendrons plus loin sur ce sujet. Il faut auparavant expliquer comment ce principe domine l'organisation judiciaire et administrative anglaise.

Deux points doivent nous intéresser, les règles de responsabilité, les règles de compétence. Pour que surgissent les actes de gouvernement, il faut, en effet, qu'on puisse demander réparation des dommages causés par les actes de l'Etat. Si, dans un Etat théorique, un système d'irresponsabilité complète de l'Etat pour tous les actes des fonctionnaires était admis, il n'y aurait aucune utilité à parler d'actes de gouvernement. Ce qui est intéressant c'est que, le principe étant la responsabilité de l'Etat, certains actes puissent faire échec à la règle. Nous devons donc d'abord préciser le système de responsabilité anglais.

Mais il faut aussi connaître les règles de compétence. L'acte de gouvernement, nous l'avons dit, ne peut exister que s'il y a contrôle de l'administration par les tribunaux. Nous verrons donc ensuite les principes anglais du contrôle de l'administration.

I. — DE LA RESPONSABILITÉ DE L'ÉTAT EN DROIT ANGLAIS.

Le principe général est l'irresponsabilité de la Couronne. La Couronne est non seulement irresponsable de son propre fait, mais aussi du fait de ses agents.

Le fondement de cette irresponsabilité est la règle bien connue : « The King can do no wrong ». Le Roi ne peut commettre de délits. Le sens véritable

de cette formule a souvent été altéré. Historiquement, elle n'est que la survivance du principe que le Roi, comme tout seigneur justicier, ne peut être cité à répondre devant son propre tribunal.

Actuellement on ne veut pas dire que tous les actes de la Couronne sont justes, mais bien que les délits ne peuvent lui être attribués. La faute reste à l'agent qui a accompli ou conseillé.

Il y a enfin une raison juridique qui permet de comprendre l'impossibilité d'attribuer la responsabilité des délits à la Couronne. C'est que la Couronne n'est pas une personne morale.

Il nous faut expliquer plus longuement cette particularité du système anglais. Les juristes continentaux étudiant les questions de responsabilité de l'Etat ont toujours en vue la notion d'Etat, personne morale unique. Or les Anglais ignorent l'unité de la notion d'Etat. L'Etat anglais est un ensemble de corps constitués, qu'on nomme « corporations ». Mais le mot d'Etat ne désigne pas l'une de ces corporations qui serait supérieure aux autres et distincte. L'Etat n'existe pas au sens de l'Etat-personne. (cf. BONNARD, *Responsabilité civile des personnes publiques en droit comparé* ; MICHOUX et TROTABAS, *Personnes morales*, 1932 ; HALSBURY, *The law of England*).

Il est impossible de parler de personnalité de l'Etat anglais puisque c'est une entité inconnue mais les juristes anglais n'ont pas cependant abandonné la théorie de la personnalité morale.

En droit public anglais, ce n'est pas la Nation qui est titulaire de la souveraineté. En France, au contraire, où pourtant le suffrage n'est pas véritablement universel comme en Angleterre, c'est la Nation, considérée comme une personne, qui détient la souveraineté (cf. DUGUIT, *op. cit.*). Ce fut un problème que de trouver le titulaire de la souveraineté en Angleterre, à défaut de la personnalité reconnue à l'Etat ; c'est le Roi et ses deux Chambres qui sont tenus pour souverains, curieuse conséquence du refus d'admettre la personnalité de l'Etat. On a donc créé une entité, le Parlement, composé de ces trois éléments, qui peuvent diverger et dont artificiellement on a fait une unité.

Par contre, les circonscriptions locales, en droit anglais, sont considérées comme des personnes morales. La conception de la personnalité morale fut dominée par la théorie du trust. Le trust est une collectivité dont les administrateurs agissent pour son compte et gèrent les biens. Pour l'Etat anglais, les juristes ont pensé plus volontiers au système du trust qu'à la personnalité morale.

L'Etat est donc un ensemble de trusts dont les « trustee » sont des fonctionnaires gérant les services. On nomme ces nouvelles personnes morales « corporations ».

On voit à quelles difficultés a conduit ce refus de distinguer originellement dans la personne du Roi ses deux caractères de souverain et de représentant de la Nation. Aujourd'hui le Roi constitue

la Couronne et ses agents agissent pour son compte. C'est la Couronne qui est titulaire de tous les droits et obligations ; les impôts sont des revenus de la Couronne et les pensions, des obligations de la Couronne.

Mais il ne faudrait pas croire que la Couronne, corporation supérieure aux autres, corresponde en quelque sorte à l'Etat-personne. La situation est très modifiée par le régime de l'« incorporation ».

Certains agents de la Couronne furent transformés en corporations au nom desquelles ils agissent désormais, déliés de leur dépendance ancienne avec la Couronne. Les corporations « incorporated », sont titulaires de la partie des droits et obligations dont l'agent avait charge, et ceci en dehors de la Couronne. Nous ne sommes donc plus devant une seule corporation, la Couronne, mais devant la Couronne et les corporations incorporées.

Aucun principe d'incorporation ne fut jamais suivi. Certains ministres sont « corporation », d'autres ne le sont pas. La confusion la plus grande semble présider aux règles d'incorporation. Cela est d'ailleurs reconnu par Morgan dans son introduction au livre de Robinson (cf. pour l'étude des corporations incorporées).

Le nombre des nouvelles corporations n'est évidemment pas fixe et l'interventionisme croissant depuis la guerre, en Angleterre comme sur le continent, certains organes d'Etat sont transformés en corporations, ainsi certains services d'ordre social.

Le procédé de l'incorporation correspond au mouvement de décentralisation, toujours très fort, qui, en France, s'oriente vers une décentralisation par services. Le système de l'incorporation libérant certains services de la Couronne, les pouvoirs des agents sont plus larges (cf. BONNARD, *op. cit.*, p. 24).

Cet exposé de l'aspect général de l'Etat anglais était nécessaire pour justifier, par des raisons juridiques actuelles, la règle « The King can do no wrong » ; nous avons pensé qu'il ne suffisait plus d'expliquer le système des responsabilités par une survivance, alors que les théories modernes commandent toujours la même solution.

Il ne pouvait être question de responsabilité de l'Etat puisque l'Etat n'est pas personnifié. Seules les responsabilités personnelles, par principe, pouvant être envisagées, il ne restait que la responsabilité des agents.

Et c'est au fond ce que veut dire la maxime traditionnelle. Les rapports du Roi et de ses agents, en effet, sont régis par le droit privé, c'est-à-dire en l'espèce, par les rapports d'employé à patron. Le principe serait donc d'admettre la responsabilité de l'employeur pour les fautes de l'employé. La loi ne peut évidemment admettre ce principe ; les règles du droit privé étaient donc inapplicables pour une fois au régime de l'administration. La règle « The King can do no wrong » est donc la suspension de cette règle de responsabilité de l'em-

ployeur pour les fautes de son préposé. Lorsqu'un agent de la Couronne commet un délit, aucune obligation n'incombe à la Couronne. C'est l'irresponsabilité de la Couronne avec la responsabilité du fonctionnaire.

Si ce régime était exactement défini, nous ne verrions aucune possibilité de rapprochement entre le système anglais et les législations continentales sur les limites du pouvoir discrétionnaire. La solution serait simple : responsabilité personnelle de l'agent en cas de faute, mais aucune appréciation des pouvoirs de l'Etat.

Mais les règles de compétence apportent de curieux problèmes, et modifient la structure juridique du système.

II. — DES RÈGLES DE COMPÉTENCE.

L'irresponsabilité de la Couronne est doublée d'une immunité juridictionnelle. Les actions en responsabilité pour « tort » ne sont pas admises contre la Couronne.

La Couronne ne peut être amenée devant les tribunaux qu'avec son consentement. C'est encore une conséquence du principe que « toute justice émane du Roi » ; il serait scandaleux que le Roi puisse être traîné en justice devant ses juges, c'est-à-dire devant ses « servants », sans qu'on prenne son avis.

Pour poursuivre la Couronne en justice, il faut solliciter l'approbation du Roi. C'est la « *Petition of Right* » dont la procédure fut fixée par le « *Petitions of Right Act* » de 1860. Le Roi, après examen par l'Attorney General, autorise le plaignant à porter l'affaire devant les tribunaux. C'est évidemment l'Attorney General qui accepte ou rejette la prétention.

On pourrait être tenté de comparer ce régime avec notre ancien système de garantie des fonctionnaires où le pouvoir central décidait si les actions en responsabilité pouvaient être intentées contre les fonctionnaires. Mais ici, il y a plus encore car la « *Petition of Right* » est formellement exclue lorsqu'il s'agit de « *torts* ».

Cette procédure qui aurait pu remédier à l'irresponsabilité de l'Etat ne fait donc qu'en augmenter la force. En effet, le Roi aurait pu, dans certains cas, se laisser poursuivre et peu à peu se serait formée une jurisprudence de cas admettant la responsabilité de la Couronne en fait. Cela n'aurait pas été la première fois que la Constitution anglaise n'avait pas, dans la pratique, la même attitude que dans la forme. Mais bien loin de là, cette procédure de tutelle ne servit qu'à exclure toute responsabilité pour tort.

Il faut en principe un droit à invoquer contre la Couronne pour utiliser la « *Petition of Right* ». Ainsi un contrat avec la Couronne n'a pas été exécuté par celle-ci, le particulier peut réclamer

le droit de poursuivre par la *Petition*. Ou encore, et c'est là l'origine féodale de cette procédure, on réclame à la Couronne la restitution d'une terre acquise sans droit. Mais c'est qu'ici les règles du droit commun jouent, l'employeur est engagé par les contrats passés par son employé. Le particulier qui poursuit invoque donc un droit.

Au contraire on ne peut invoquer les torts, puisqu'à *priori* la Couronne est irresponsable. La règle est donc logique de prohiber la « *Petition of Right* » lorsqu'il s'agit de torts. L'immunité juridictionnelle complète l'irresponsabilité de principe.

Nous citerons seulement un des premiers cas classiques en cette matière, le cas *Tobin v/ Rex*, 1864 (reporté dans BONNARD, p. 39). Un navire avait été détruit par un navire de guerre anglais chargé de la répression de la traite, et d'une façon irrégulière dont on demandait réparation à la Couronne. On n'admit pas de *Petition of Right*, la Couronne n'étant pas responsable des fautes de ses agents.

Nous avons choisi ce cas que le Conseil d'Etat considère comme l'un des types d'actes de gouvernement. En France, dans les mêmes circonstances le Conseil d'Etat se fut déclaré incompétent pour statuer sur la demande (cf. chap. VII, I^{re} Partie). En Angleterre la situation est différente parce que le recours lui-même ne se conçoit pas ; il n'est pas besoin de chercher s'il y a eu faute de la Couronne en fait : il ne peut pas y avoir de faute de la Cou-

ronne. L'affirmation est totale, on ne peut rechercher que la faute de l'agent.

Mais cette faute de l'agent sera toujours une faute personnelle, n'engageant que sa propre responsabilité.

Il faut bien concevoir que tous rapports de « master » à « servant » sont brisés entre la Couronne et ses fonctionnaires. Il n'y a pas et il ne peut y avoir de liens entre eux. Et cela n'est pas seulement vrai en matière de torts. Mais le fonctionnaire n'a jamais de droits contre la Couronne. Ainsi, il n'existe pas de « breach of contract » rupture de contrat de la part de la Couronne lorsqu'elle se sépare d'un fonctionnaire. Tous les contrats comportent la clause de congédiement arbitraire par la Couronne : « That the Crown has power to dismiss at pleasure ». Sans pouvoir insister longuement nous signalons les injustices possibles en matière de pensions ou de traitements dûs. Le fonctionnaire n'a pas d'action pour réclamer une pension et même pour ses arriérés de traitement non payés il faut encore solliciter une Petition of Right pour commencer la procédure !

Nous ne trouverons donc jamais que des fautes personnelles. En fait, il faut signaler que les patri-moines administratifs prendront souvent la charge de l'indemnité aux lieu et place du fonctionnaire. Mais c'est là une concession gracieuse qui ne comporte en rien la reconnaissance de la responsabilité de l'Etat. Dans certains cas où l'équité permet

d'excuser le fonctionnaire responsable, l'indemnité est payée par lui. Mais la théorie n'en est pas modifiée pour cela.

D'autres services bénéficient de la même immunité juridictionnelle. Nous avons expliqué plus haut le système des corporations en droit public anglais et indiqué que certains services publics étaient devenus des « corporations » incorporées à la Commune, jouissant des droits, titulaires des obligations qu'elles avaient autrefois en charge pour le compte de la Couronne. Ces corporations incorporées sont aussi irresponsables que la Couronne elle-même. Leurs actes et ceux de leurs agents ne peuvent être soumis aux tribunaux par la *Petition of Right*.

Théoriquement, ces corporations auraient pu être responsables, car il ne s'agit plus de la Couronne et du Roi, mais de corporations distinctes. La raison en est spéciale au droit anglais ; les agents des corporations ont leurs pouvoirs définis par les statuts qui ont constitué chaque corporation et le pouvoir de défendre en justice n'est presque jamais indiqué. La raison pratique est que les biens de la corporation sont des biens de la Couronne et qu'ils auraient été menacés si l'on avait admis la réparation des dommages causés par les agents de ces corporations. Aussi, comme les agents ne peuvent défendre en justice, il faut citer la Couronne et nous revenons à la *Petition of Right* (pour les *Prisons Commissioners* cf. ROBERTSON, *Civil Pro-*

ceedings, de même pour le Conseil de l'Amirauté).

La situation n'est donc pas simplement : irresponsabilité de la Couronne et responsabilité personnelle des agents. Car nous avons dit combien erratiques étaient les règles d'incorporation. Certaines corporations sont assimilées à la Couronne, il faut donc, avant d'engager un procès, savoir si le service responsable est ou non « incorporated ».

Aucun principe n'est indiqué ici par les juristes ni par les juges. ROBINSON reconnaît difficile de préciser les services incorporés : « Un service ne peut obtenir l'immunité royale que si une loi la lui accorde, si son origine ou son histoire l'unissent étroitement à la Couronne... »

Les grandes administrations publiques sont considérées comme titulaires de l'immunité (Chambre des Lords) : « Tous les hauts fonctionnaires sont des émanations de la Couronne. La Couronne n'a fait que leur déléguer des pouvoirs qui lui sont propres. » Mais la Chambre des Lords n'a jamais précisé de critérium permettant d'apprécier si telle ou telle autorité est une émanation de la Couronne ou non. Le développement récent des services sociaux a augmenté encore le nombre d'administrations échappant aux responsabilités dont leurs services sont l'origine. Il faut signaler aussi que le mouvement d'industrialisation dans l'Etat sera l'occasion de nouveaux services incorporés.

Par contre, les autorités locales restent soumises

aux règles du droit commun et à la responsabilité pour les fautes de leurs agents.

Nous pensons que ce chapitre aura précisé les caractères du droit anglais de façon suffisante pour permettre une appréciation de ce système de responsabilité.

CHAPITRE VI

Appréciation du système britannique

Le droit français prend actuellement pour fondement des solutions sur la responsabilité la distinction des fautes de service et des fautes personnelles. Cette distinction ne se conçoit évidemment pas en droit anglais. Il ne peut y avoir de fautes de service. La Couronne et les services incorporés ne peuvent commettre de fautes. Leur immunité juridictionnelle les protège.

Ce n'est donc pas dans la matière des responsabilités de la Couronne qu'il y avait place pour des actes de gouvernement. Il n'y avait pas de nécessité à protéger des actes de caractère politique parce que les règles de fond et de procédure protégeaient entièrement l'action du Gouvernement. Par hypothèse, l'acte de gouvernement est un tort causé par la Couronne ou une grande administration, c'est-à-dire un service incorporé. La réparation de ce tort est donc impossible, sinon par l'auteur de l'acte.

Et encore cette proposition que justifierait le

principe de responsabilité personnelle des fonctionnaires n'est-elle pas très exacte. La responsabilité de l'agent n'est pas toujours engagée. Lorsqu'il s'agit de pouvoirs discrétionnaires, la responsabilité peut disparaître, le caractère de libre appréciation, qui définit ces pouvoirs, ne permettant aucun contrôle. Il ne restera que l'appréciation du détournement de pouvoir, ou l'intention de nuire. Nous nous retrouvons ici sur un terrain où l'on comprend mal les protestations indignées de DICEY contre le système français de « protection des fonctionnaires ». Non seulement nous avons vu que la Couronne n'était pas responsable, mais voici que l'agent lui-même peut échapper à la réparation. Le grand principe de DICEY, que les règles administratives n'existent pas et que tout litige est jugé selon le droit commun, subit une exception importante. Nous aurons à en signaler d'autres. Mais ici, les notions de droit commun semblent oubliées car le pouvoir discrétionnaire et l'appréciation de l'opportunité lui sont bien étrangers. Et non seulement ces notions sont envisagées, mais elles font échapper l'acte du fonctionnaire à toute appréciation !

Nous avouons ne plus être séduit par les principes anglais sur les responsabilités. Pour fuir l'arbitraire, le principe était la responsabilité réelle de l'auteur de l'acte, appréciée comme la responsabilité des particuliers. Le principe était clair mais ces restrictions l'annihilent, car peu importe

que le procès soit jugé par les tribunaux de droit commun, si les exceptions que tous les autres pays tolèrent se retrouvent ici. Les actes discrétionnaires existent en Angleterre comme partout et non seulement il n'y a pas responsabilité de l'Etat, mais la responsabilité personnelle de l'agent disparaît. Il faut supposer naturellement un acte discrétionnaire pur, c'est-à-dire non atteint de détournement de pouvoir.

Au surplus, il n'est pas exact de dire que les procès en responsabilité contre les fonctionnaires sont jugés comme tous procès. Il existe un système dont le nom seul eut dû persuader DICEY de ne pas poser en principe le libéralisme le plus complet, c'est le « Public Authorities Protection Act » de 1893, protection, défense des administrations, il n'y a pas loin dans les termes, de cela à la « garantie des fonctionnaires ».

Cet « Act » s'applique à tous fonctionnaires et corporations qui peuvent encourir une responsabilité civile dans l'exercice de leurs fonctions. Il prévoit d'abord un délai de 6 mois après lequel les poursuites seront impossibles. Le plaignant qui succombe est condamné aux dépens évalués selon le mode le plus élevé. Enfin il payera ces dépens s'il n'a pas mis le défendeur à même de lui faire des offres de réparation ou si l'indemnité fixée par le juge est inférieure aux offres faites.

Nous en arrivons donc à cette conclusion que les actes discrétionnaires n'entraînent en droit anglais

aucune responsabilité. L'aspect « réparation » du problème des actes de gouvernement est donc écarté. Nous verrons ce qu'il reste à faire pour l'« annulation ».

Curieux mélange de survivances féodales et de principes nouveaux, introduits par la nécessité, le droit anglais envisage des possibilités de réforme.

L'exemple vient d'ailleurs d'un Dominion. Le « Judiciary Act » de 1903 a supprimé la « Petition of Right » en Australie et les simples particuliers peuvent poursuivre le Commonwealth devant les tribunaux en invoquant simplement la théorie de « Respondeat superior ». Nous devons rappeler brièvement les caractères de cette règle.

Au Moyen-Age, la responsabilité du maître ne pouvait être engagée par les actes du servant que si ces actes avaient été ordonnés par lui, « commanded ». Le plus souvent il s'agissait, à cette époque, de « trespass », c'est-à-dire de rupture de la paix. Les juristes ne pouvaient reconnaître que le Roi avait commandé un acte à tort. Aussi la Constitution ne permet-elle pas aux fonctionnaires du Roi d'invoquer son ordre comme moyen de défense de leurs actes illégaux.

Vers le milieu du xix^e siècle, la doctrine pensait que le maître a manqué de soin en choisissant un agent incapable et qu'on ne pouvait invoquer une telle erreur contre la Couronne à propos des

actes dommageables d'un de ses fonctionnaires. Aujourd'hui les règles modernes de « *respondeat superior* » n'exigent plus l'ordre du maître, mais seulement que l'employé ait agi dans l'esprit de son emploi.

C'est en effet un critérium bien plus moderne, très proche de nos idées sur l'esprit du service public. Il faudrait donc qu'il y ait détournement de pouvoir pour que la règle « *respondeat superior* » ne puisse plus être invoquée.

Il y a donc progrès manifeste dans l'exemple australien. Avec la disparition de la « *Petition of Right* », les autres prérogatives de procédure et de plaidoirie avaient été supprimées. Ainsi les tribunaux peuvent ordonner au Commonwealth australien de répondre aux interrogations et de déposer à la barre certains documents. Il ne reste donc qu'à actionner le gouvernement comme un particulier. Seules sont maintenues certaines garanties d'ordre public. Le Gouvernement ne sera responsable de ses fonctionnaires que si, au moment où ils ont commis l'acte critiqué, ils étaient sous le contrôle de l'administration. Il faut peut-être voir là, croyons-nous, une ébauche de distinction entre faute personnelle et faute de service. Les tribunaux ne veulent pas empiéter sur le pouvoir exécutif. Ils exigent donc que la question soit nette et préparent une nouvelle distinction.

Tout d'abord, si l'acte a été formellement autorisé ou ratifié, après exécution par le pouvoir exé-

cutif, il y a responsabilité de l'administration pour la faute du fonctionnaire. Il était bien alors sous le contrôle du pouvoir exécutif.

Au contraire, si l'agent agit sans ordre ni ratification, de sa propre initiative, il faudra, pour engager la responsabilité de l'administration, que ce soit dans les limites de sa compétence et dans l'intérêt de l'administration. Sinon la faute lui resterait personnelle. Les deux idées de compétence et de bien du service sont donc nécessaires pour créer la responsabilité de l'administration.

Il y a évidemment là les bases d'une distinction entre les fautes personnelles et les fautes de service.

On avait cependant proposé en Angleterre d'étendre la *Petition of Right* aux torts. Mais le principe même de la *Petition* semblerait l'écarter d'un régime véritablement légal des responsabilités. Elle reste toujours une concession gracieuse du Roi et dépendant d'une appréciation purement discrétionnaire. Si le Roi refuse le « *Fiat* » qui concède le droit de poursuivre la Couronne, il n'y a aucun recours.

Cas *Ryves v. The Duke of Wellington* (15.L.J. ch. 461). Lord LANGDALE parle du devoir des conseillers responsables auprès du Roi de l'examen des affaires de *Petition of Right* de ne pas « refuse capriciously » lorsqu'ils examinent une demande. Nous ne voyons pas d'obstacle à supposer que des motifs politiques aient pu ou puissent amener

un refus de « Fiat » injustifié. Alors qu'entre particuliers (Order 25, rule 4), c'est le juge qui décide si l'on peut poursuivre, ici le pouvoir exécutif se défend lui-même. On se demande, après cela, par quelle erreur l'article 75 de notre Constitution parut toujours le modèle de la garantie des fonctionnaires.

La seule solution serait la suppression de la *Petition of Right* et l'application de la règle « *respondeat superior* » avec le sens moderne que nous avons dégagé plus haut. Un projet de Lord *BIRKENHEAD* de 1921 n'a jamais pu être discuté. Le projet présenté en 1927 par une Commission nommée par le Lord Chancelier (2842) supprimerait la *Petition* et assimilerait les procès contre la Couronne aux procès entre particuliers, supprimant toute différence entre la responsabilité des corporations locales et celle des services incorporés. Ce serait le seul moyen en Angleterre de comprendre la responsabilité des personnes morales ; l'élément humain y jouant le rôle prépondérant, les esprits ne peuvent concevoir qu'une responsabilité basée sur les rapports de « master » à « servant », les corporations devenant ainsi responsables des fautes de leurs employés. Ce sont les termes de notre article 1384 du Code civil.

Mais il ne nous appartient pas de prévoir l'évolution du droit des responsabilités. Nous avons seulement voulu montrer que dans la complexité des règles traditionnelles anglaises, une très large

part d'arbitraire restait au pouvoir exécutif et que, du côté réparation des responsabilités, les progrès à faire étaient considérables. Règles de fond et règles de procédure se joignent pour empêcher d'obtenir réparation. Nous devons voir maintenant si un contrôle juridictionnel des actes administratifs permet d'envisager au moins l'annulation des actes de l'Administration.

CHAPITRE VII

Du contrôle des actes administratifs par les tribunaux

On sait que le principe anglais du règne de la loi entraîne la compétence des tribunaux de droit commun dans les affaires administratives. Il est inutile de rappeler les affirmations de DICEY sur la supériorité de ce régime comparé à notre système de tribunaux administratifs spéciaux, destinés à « protéger les fonctionnaires ». Nous nous réservons de signaler à la fin de ce chapitre comment le principe de compétence des tribunaux de droit commun pour les affaires administratives est appliqué.

Mais il nous faut d'abord exposer quel est le régime du contrôle des actes administratifs par les tribunaux.

Des règles spéciales de procédure confèrent aux tribunaux anglais un ensemble de droits sur les actes administratifs, qui semble équivaloir en principe au contrôle pour excès de pouvoir de notre Conseil d'Etat.

Les tribunaux peuvent interdire un acte déterminé (*writ of prohibition*), ordonner de faire un acte (*writ of mandamus*), réformer un acte (*writ of certiorari*), empêcher son exécution (*bill of injunction*).

Mais à peine exposé, ce tableau doit être déjà modifié. Il comporte en effet des exceptions légales et des exceptions dans la pratique.

Il y eut tout d'abord un mouvement législatif très net pour rendre le pouvoir exécutif juge en sa propre cause. Le Parlement a souvent donné au pouvoir exécutif le droit de prendre des décisions qu'aucune Cour de justice n'était admise à contrôler.

Prenons l'exemple des lois sur l'expropriation pour cause d'utilité publique : « *statutes dealing with the compulsory acquisition of land for public purposes* ». Autrefois les particuliers pouvaient déférer la décision de l'arbitre aux tribunaux ou bien par la procédure du « *Provisional Order* » porter l'affaire au Parlement. Mais les « *Housing Acts* » et « *Small Holdings Acts* » ont tout changé. Le service qui a fait l'enquête peut la confirmer purement et simplement, par un ordre qui sera définitivement exécutoire et réputé affirmer que l'« *Act* » a été régulièrement appliqué (*Small Holdings Act*, 1903 s. 39 et *Housing and Town Planning Act*, 1909 s. 2). C'est vraiment la loi du fonctionnaire et aucun recours n'est possible.

On a même vu (cité par MORGAN) un service

qui voulait empêcher un particulier de poursuivre une procédure devant les tribunaux pour rentrer en possession de ses « premises », considérer dans un règlement le fait d'entamer cette procédure comme une offense en lui-même » !.

En second lieu, les juges ne cherchèrent pas à développer le pouvoir de contrôle sur les actes administratifs. Les tribunaux n'ont jamais voulu rechercher si les agents de l'administration avaient employé leurs pouvoirs discrétionnaires dans le sens de la loi et le bien du service. Les tribunaux anglais ont ainsi laissé libres les pouvoirs des administrations et des autorités locales. Il ne nous appartient pas d'estimer jusqu'à quel point cette prudence à ne pas entraver l'administration est louable, mais nous voulons citer un exemple montrant la largeur de vue des juges et le domaine du pouvoir discrétionnaire.

Le District Auditor est un fonctionnaire chargé de la vérification et du contrôle financier de certaines corporations, « county councils », « borough councils » par exemple. Il a en réalité le pouvoir de contrôle sur les comptes des autorités locales et doit s'assurer que tout revenu imposable a été régulièrement estimé ; que toutes les dépenses indiquées furent réellement effectuées ; fixer enfin si les projets de dépenses sont valablement établis. C'est donc un contrôle d'étendue générale sur ces autorités (7.200 « Parish Councils and Meetings » 799 « Urban districts » and 649 « Rural districts

Councils » — 29 « certains boroughs » — 62 County councils. — quelques « rating authorities »). Ce rapide tableau montre l'importance capitale de ces fonctionnaires, nommés par le « Minister of Health » et choisis en général parmi les avocats, avoués, percepteurs ou employés des bureaux d'un district auditor ou du « Minister of Health ». Ses pouvoirs sont ainsi définis : il peut refuser les articles du compte supérieurs à ce que fixait la loi, et surtaxer la personne responsable de ce manquement à la loi (Public Health Act, 1875) ; vérifier et surtaxer ou taxer les personnes omises au compte par suite de leur négligence ou mauvaise volonté (même Act.) ; l'appel de ces surtaxes va soit au Minister of Health, soit au King's Bench High Court pour obtenir un writ of certiorari (Local Authorities Expenses Act, 1887).

Enfin toute personne surtaxée de plus de 500 livres sera, sauf appel à la High Court, automatiquement exclue de toute fonction dans l'administration centrale ou locale pour 5 ans (The Audit, local Authorities, Act, 1927).

Les pouvoirs énormes de ce fonctionnaire sont donc limités par l'appréciation formellement réservée des tribunaux. Mais il nous faut montrer la manière dont s'applique ce contrôle. C'est d'ailleurs une option entre le contrôle du Minister of Health, contrôle hiérarchique basé sur des considérations de fait, et le contrôle des juges, sur des considérations légales. L'un supprime l'autre,

« una via electa non datur recursus ad alteram ».

Nous citerons la décision capitale de la Chambre des Lords dans le Poplar Wage Case (Roberts v Hopwood, 1924, 2 K. B. 514 et 695, 1926, A : C. 578, reporté par COOPER, *op. cit.*).

Depuis le mois de mai 1920, le Poplar Borough Council payait ses employés un minimum de 4 livres par semaine. En janvier 1923, le District Auditor vérifiant les comptes, prétendit que ce salaire minimum était exagéré, les indices du prix de la vie ayant diminué, et il refusa d'accorder 5.000 livres sur le total des comptes. Après deux décisions inverses de la « Court of appeal » et du « King's Bench Divisional Court », à l'unanimité la Chambre des Lords soutint les prétentions du District Auditor. Un des juges s'explique ainsi : « Je ne vois aucune règle limitant le contrôle du District Auditor et l'obligeant à laisser les contribuables sans protéger leurs poches des effets d'une stupidité honnête ou d'un idéalisme irréfléchi. »

Mais nous ne pouvons plus croire que les corporations soient libres d'administrer après un tel exemple. Toute administration se résume en paiements. Or le surveillant des finances étant un maître absolu, il n'y a même plus contrôle ; s'il peut dire que telle dépense est *ultra vires*, il apprécie la situation aux lieu et place de l'administrateur, il est lui-même administrateur.

Il fallait, nous semble-t-il, éclaircir cette question

du contrôle par les tribunaux pour supprimer toute équivoque. Lorsque les tribunaux admettent une telle liberté chez les administrateurs, il n'y a pas de limites au pouvoir discrétionnaire. On peut dire qu'il est incontrôlé.

Il ne faut pas conclure cependant que le contrôle judiciaire soit à supprimer entièrement. Nous avons signalé, au début du chapitre V, les raisons de la timidité traditionnelle des juges (Lord SUMMER). Mais ils peuvent parfois plus que l'Auditor. Ils peuvent empêcher par exemple une mauvaise application des fonds publics sur demande d'un contribuable, alors que l'Auditor ne verrait le détournement qu'après exécution. Il reste donc possibilité de contrôle par les tribunaux.

Mais il y a un plus grave danger pour le contrôle judiciaire que la prudence des juges. Nous pensons ici au développement récent de juridictions spéciales, au sein même de l'Administration, se réservant la connaissance des litiges que devraient apprécier les tribunaux de droit commun. Nous ne sommes plus au temps où, avec DICEY, il fallait admirer ce régime où les mêmes tribunaux voyaient devant eux les intérêts publics comme les intérêts privés. De nouvelles juridictions se sont créées et nous allons en montrer rapidement le rôle, car elles contribuent à former le cadre du nouveau droit anglais, de plus en plus proche du droit continental, donc exposé bientôt aux mêmes problèmes.

CHAPITRE VIII

L'Administration et ses fonctions judiciaires

Il est stupéfiant d'entendre affirmer que des pouvoirs judiciaires incontrôlés appartiennent à l'Administration. Cette proposition est cependant admise par les juristes anglais et soulève un mouvement d'opinion très net contre son principe.

Le développement de la fonction juridictionnelle dans l'Administration fut évidemment augmenté par l'interventionisme croissant de l'Etat, à la suite de la guerre. Nous ne suivrons pas les efforts de certains auteurs qui voudraient revenir sur la théorie de la séparation des pouvoirs ou parler d'une Constitution tacite, élaborée dans les circonstances actuelles pour expliquer cette curiosité juridique ; l'administrateur-juge.

Il faut reconnaître le mouvement et l'admettre. La seule question pratique est désormais de trouver le moyen de concilier ce principe nouveau essentiellement arbitraire avec les vieilles traditions anglaises de libéralisme.

Le problème est résolument envisagé par COOPER (Public Administration, 1929) : « En Angleterre, nous avons fait une chose et proclamé l'inverse ; créant à moitié inconsciemment et pas à pas un système inextricable et non organisé de droit administratif, nous assurions fermement que nous n'en faisons rien... nous attachant avec une fidélité digne de pitié au dogme périmé de « l'égalité devant la loi » à une époque où, à mille égards, le pouvoir exécutif est devenu son propre législateur et juge en sa propre cause ».

Pour voir plus clairement la manière dont se développent ces nouvelles juridictions, nous distinguerons, d'une part les tribunaux spéciaux créés par des lois pour juger certains procès, puis les fonctions judiciaires attribuées à de véritables administrations, cette seconde partie constituant évidemment le point le plus curieux du nouveau système anglais.

Les tribunaux chargés de litiges spéciaux sont énumérés par PORT sous le titre de « Administrative tribunals », ce qui ne peut être considéré comme un équivalent de nos tribunaux administratifs. Ces juridictions en effet connaissent bien certains litiges qui sont normalement de la compétence administrative en droit français, mais la plupart d'entre elles, pour constituer des juridictions spécialisées, ne sont pas cependant des tribunaux administratifs. Elles font sans doute exception.

au principe anglais d'unité de juridiction et de procédure ; mais leur compétence n'est pas une compétence administrative. Citons donc quelques exemples avant de passer au second paragraphe où nous étudierons de véritables juridictions administratives.

On nous indique d'abord la « Commission des Chemins de Fer et Canaux » chargée des litiges entre les Compagnies et les usagers.

Nous hésitons cependant à y voir une telle exception au principe d'unité de juridiction car la Commission est présidée par un juge suprême et les points de droit sont soumis à appel devant la Cour d'appel. Il n'y avait donc encore qu'une subdivision, comparable à nos juridictions des loyers dont personne ne songerait à soutenir l'indépendance vis-à-vis des tribunaux judiciaires. Spécialisation n'implique pas séparation.

L'Industrial Court, établi en 1919, est plus loin des tribunaux de droit commun et les règles de son organisation furent établies par le ministre du Travail qui en nomme les membres et les saisit des affaires. C'est en somme un Conseil consultatif par son organisation, et une Cour d'arbitrage par ses fonctions.

Les « Insurance Commissioners » sont compétents en général pour tous les litiges pouvant s'élever à propos des assurances (loi 1914). L'importance de leur rôle est marquée par le caractère définitif de leurs décisions et leur sanction par des

dommages-intérêts, en cas de non-exécution. Ici encore, seul le pouvoir juridictionnel indépendant donné à des administrateurs nous intéresse, car les questions jugées ne rentrent pas dans les cadres du droit administratif. Il semble que les juristes anglais se soient un peu abusés sur les termes et n'aient vu l'« administrative law » partout. Certes le principe d'unité de juridiction est menacé. Mais l'idée de créer des juridictions spécialisées et compétentes dans des affaires techniques ne devrait pas étonner. « The Special Commissioners of Income Tax » ou « The Electricity Commissioners » sont d'autres exemples du nombre croissant de tribunaux spéciaux. En France nous avons peut-être adopté un système aussi déplorable, en faisant de l'expertise le mode réel de règlement des procès. Qu'il s'agisse de litiges commerciaux ou autres, bien souvent le jugement n'est qu'une reproduction de l'expertise. C'est au fond arriver au même point que l'Angleterre. Elle a simplement rendu officielle la justice par les experts. En France, elle est officieuse.

Le fait intéressant, à notre point de vue, n'est pas là. Il consiste dans l'octroi à des services administratifs de pouvoirs judiciaires incontrôlés. Et c'est alors vraiment que nous aurons des juridictions administratives en des matières administratives.

Le « Statute Book », et les collections des Acts

particuliers et locaux surtout, révèlent l'existence de litiges où des droits personnels ou de propriété des particuliers sont en question. Ces litiges sont jugés soit par l'autorité centrale ou locale, avec parfois possibilité d'appel de l'autorité locale ou inférieure à l'autorité centrale ou supérieure ; soit directement par un service centralisé.

Dans l'immense majorité des cas, aucun recours n'est admis devant les tribunaux ordinaires. Parfois cependant, on limite le droit d'appel aux questions de droit. Une clause d'appel limité est encore plus intéressante ; on réserve aux tribunaux de droit commun la question de savoir si le pouvoir de l'Administration fut « reasonably exercised ». Cette clause permettrait l'appréciation du pouvoir discrétionnaire du point de vue détournement de pouvoir mais elle est rare, et d'autre part nous ne reviendrons pas sur ce que nous avons dit de l'attitude des tribunaux sur le contrôle de l'Administration.

En Ecosse seulement, le Common Law permet de protéger un peu mieux les particuliers contre les abus de l'Administration. La juridiction d'appel des « Supreme Courts » ne peut être exclue que par des décrets formels et clairs. Et même si l'appel était impossible, les Courts ont le droit d'intervenir lorsque les services administratifs ont dépassé leur compétence ou dans les hypothèses, d'ailleurs mal définies de : oppression, corruption — « actings contrary to the principles of natural justice ».

Même ces protections légales restent inopérantes et il faut un défi flagrant des règles les plus élémentaires de l'équité pour que les juges de droit commun se saisissent de l'affaire.

Il y a nombre de difficultés matérielles à ce contrôle, en plus de la prudence des juges. Les administrations, lorsqu'elles jouent le rôle de tribunaux, ne sont pas soumises aux règles de la procédure. Leurs décisions ne sont donc pas motivées et il est bien difficile de demander aux juges d'apprécier en ignorance de causes. L'Arlidge case (1915) a en effet autorisé les administrations à juger en équité.

Le principe reste donc que, dans ces instances nouvelles, les services administratifs rendent des décisions qui échappent au contrôle des tribunaux de droit commun.

En voici quelques exemples. L'Act de 1909 sur l'aménagement des villes a donné aux autorités locales le droit d'imposer aux particuliers certaines mesures d'hygiène ; un seul recours est admis devant le Local Government Board dont la décision est définitive.

En matière d'expropriation pour cause d'utilité publique (Statutes dealing with the compulsory acquisition of land for public purposes), où la décision est d'autant plus grave qu'elle touche à la propriété des particuliers, c'est au service qui a fait l'enquête de la confirmer par une décision définitive (Small Holdings Act, 1908, s. 39).

Le Board of Education (Ministère de l'Instruc-

tion publique) fut aussi muni par l'Education Act de 1902 de nombreux pouvoirs pour régler les litiges touchant à l'enseignement et ses décisions sont sans appel.

Le Minister of Health enfin (ministre de l'Hygiène) a une juridiction de dernier ressort en une série de matières fixées par le Public Health Act, 1915.

Ces pouvoirs nouveaux n'ont pas été sans soulever les protestations de certains juristes. COOPER (*op. cit.*) résume ainsi le but du pouvoir exécutif, lorsqu'il s'est octroyé, avec l'approbation du Parlement, il faut le noter, un rôle judiciaire :

« 1^o Ecarter les méthodes judiciaires pour leur substituer un pouvoir discrétionnaire sans limites.

2^o Ecarter le contrôle des tribunaux sur leurs décisions.

3^o Remplacer le principe de publicité par l'obscurantisme. Munie de pouvoirs judiciaires l'autorité publique acquit la puissance d'un géant (« enjoys the powers of a giant »). Il semble bien que l'Angleterre marche vers un certain despotisme. A la faveur de la guerre on put persuader les particuliers que les décisions des autorités coïncidaient avec l'intérêt public. Encore actuellement, les préoccupations de police dominent les intérêts privés grâce à la tyrannie des autorités locales ou centrales incontrôlées.

Vouloir systématiser ces tendances serait présomption ou ignorance. Dès qu'on aborde le droit

anglais, tout esprit de classification s'éloigne. Ce qu'il faut chercher à comprendre, c'est si vraiment tout ce mouvement manifeste un désir de changement et de rapprochement des systèmes continentaux. L'Angleterre comprend-elle les tribunaux administratifs ?

CHAPITRE IX

Les tendances nouvelles du droit anglais. Conclusion

Il faut tout d'abord que les juristes anglais veuillent bien admettre la situation nouvelle comme un fait. Il ne suffit plus d'invoquer le principe de suprématie de la loi qui n'est pas appliqué. Ce n'est cependant pas sans résistances que les auteurs anglais se résignent. DICEY ne fut jamais convaincu. Dans son article de 1915 sur « The development of administrative law in England » (*Law Quaterly Review*, XXXI, p. 148-153), DICEY proteste contre cette intrusion en Angleterre d'institutions qu'il a toujours combattues, et peut-être mal connues. La dernière vue du droit français à laquelle il s'était fixé était la suivante : le Conseil d'Etat, lorsqu'il a développé la responsabilité de l'Etat pour faute de service a voulu protéger l'agent responsable contre la vengeance du particulier ! Nous ne croyions pas cependant en être, au ^{xx}e siècle, au stade des compositions pécuniaires et de la vengeance privée.

Les auteurs modernes sont mieux renseignés sans

doute car on relève dans leurs ouvrages des commentaires impartiaux et souvent favorables de notre système de responsabilités (cf. PORT, MORGAN, ROBSON, COOPER, *op. cit.*).

On a parfois dit que l'Angleterre se trouvait au début d'un nouveau stade juridique, où le droit administratif se verrait reconnaître la place qu'il s'est acquise en fait depuis longtemps. Une comparaison est même esquissée avec notre Conseil d'Etat, avant 1872, lorsque les projets d'arrêts étaient soumis à l'approbation du chef de l'Etat pour obtenir force obligatoire. Si le rapprochement vaut par la base, c'est-à-dire l'idée de justice retenue, il pêche au contraire dans sa forme absolue. Sans doute, l'Administration anglaise détient-elle des pouvoirs juridictionnels, mais on ne tient pas assez compte des résultats obtenus dans les deux pays. D'une part il était fort rare que le Gouvernement modifie le projet d'arrêt que lui soumettait le Conseil d'Etat. Aussi bien les décisions de ce tribunal étaient-elles donc, en fait, indépendantes. Mais surtout, nous n'avons jamais connu en France un arbitraire tel que le service public, juge en sa propre cause. Il est parfaitement inexact de comparer au système anglais que nous avons exposé la théorie du ministre-juge. Alors même que cette doctrine était en pleine faveur, il ne fut jamais contesté que si les ministres avaient des pouvoirs juridictionnels, ce n'était qu'en premier ressort et à charge d'appel au Conseil d'Etat (Théorie abandonnée

par l'arrêt Cadot, 13 décembre 1889. S.1892.III. 17, note HAURIOU).

En France toutes les affaires venaient donc aboutir en dernier lieu au Conseil d'Etat ; nous avons montré qu'en Angleterre les administrations avaient souvent des pouvoirs juridictionnels en dernier ressort, et qu'en fait l'appel aux tribunaux de droit commun ne procurait aucun contrôle de l'arbitraire.

D'un côté nous avons donc un système de justice retenue sans doute, mais un système organisé, centralisé, une juridiction habituée aux affaires administratives et en dehors de la vie administrative. De l'autre, ce sont les services mêmes de l'administration qui jugent ; si l'on supposait que les bureaux de nos ministères ont des pouvoirs juridictionnels, ce serait une comparaison plus proche de la vérité que de comparer l'inorganisation anglaise à notre juridiction administrative au début du XIX^e siècle.

Le seul remède serait de créer un tribunal administratif d'appel qui connaîtrait des décisions des tribunaux spéciaux et des administrateurs-juges en second ressort. Mais les créations sont trop accidentelles dans les systèmes traditionnels pour espérer une telle innovation. Les organisations actuelles évolueront mais dans quel sens ? Le plus curieux est peut-être l'apathie des administrés devant ce régime. Si les principaux intéressés ne sont pas choqués et s'ils ne présentent aucune réclamation, il ne nous appartient vraiment pas

de les remplacer. Nous suggérons seulement que le corps des fonctionnaires du « Civil Service » recruté dans les Universités ou les collèges importants a acquis ces vertus de pondération et ce caractère que l'éducation anglaise se flatte d'imprimer définitivement. Peut-être les agents de l'administration exercent-ils dans leurs fonctions judiciaires l'équité traditionnelle et les particuliers se soumettent avec confiance à la fois à leur décision et à leur jugement.

CONCLUSION.

L'erreur primitive et qui gêne encore tous les raisonnements juridiques est le refus de COKE d'admettre la théorie allemande de la double personnalité du souverain : personne humaine-personne politique. Et cette impossibilité de concevoir une séparation idéale entre les deux personnalités fait que si « The King can do no wrong », comme « The state is the King », l'Etat n'est jamais responsable.

Tant que ces survivances seront admises, aucun progrès des systèmes de responsabilité n'est possible.

D'autre part, le caractère désordonné des nouvelles juridictions administratives que nous avons étudiées vient de la théorie anglaise que les principes juridiques doivent subir l'épreuve de la pratique avant d'être admis comme principes.

Cela présente sans doute l'avantage de n'introduire dans le système juridique que des principes dont on connaît bien la portée et d'éliminer tous ceux dont l'application n'a pas révélé l'intérêt. Mais une immense confusion en résulte et rend impossible tout essai de systématisation.

Si nous avons recherché les caractères de notre problème des actes politiques dans cet amas et cette juxtaposition de principes et de survivances, c'est uniquement pour constater la généralité du problème et en mieux préciser les contours. Il n'y a pas de véritable théorie des actes de gouvernement en Angleterre.

Nous n'avons pas pu considérer en effet comme une théorie des actes de gouvernement l'idée anglaise de l'« Act of State ». La définition qui ressortirait des cas où se retrouvent ces termes pourrait être : « des actes accomplis sous l'autorité de la Couronne, en dehors du territoire britannique et affectant les étrangers ». En réalité cela n'a pas un rapport direct avec les actes de gouvernement, car il s'agit d'un nouveau privilège de juridiction. Le sens de l'« Act of State » est qu'un étranger n'a pas de recours devant les tribunaux anglais s'il subit un préjudice à la suite d'un acte émanant de fonctionnaires britanniques, ordonné ou approuvé par le Gouvernement, si cet acte fut commis hors du territoire.

Les termes d'« Act of State » ont donc un sens bien limité ; il s'agit de dommages causés à des étrangers, soit en haute mer, soit sur des territoires étrangers. La décision de principe remonte à 1840 : leading case *Baron v./ Denman* (2. Ex. Rep. 166) sur la violation de propriété d'un étranger, en dehors des Dominions. De même le cas *Musgrove v./ Chun Teeong Toy* (L. R. Appeal cases 1891.272) un étranger ne peut mettre en question devant les tribunaux anglais le droit pour un fonctionnaire de la Couronne de lui interdire l'entrée d'un territoire britannique.

Nous ne nous étendrons pas longuement sur ces « acts » car ils sont restreints aux décisions prises envers les étrangers. Il n'y a pas d'Acts of State entre la Couronne et les sujets anglais. Nous en trouvons l'affirmation dans le cas « *Secretary of State for India v./ Kamachu Baije Sahiba* » (SCOTT'S Cas. Intern. Law. 397) en ces termes : « Les Acts of State ne peuvent être que des actes affectant des étrangers, accomplis sur l'ordre ou avec l'approbation du Souverain. Mais entre le Souverain et ses sujets il ne peut exister de tels Acts of State. »

Cette formule se retrouve en termes identiques dans l'*History of Criminal Law* de STEPHEN (vol. II, p. 64).

Un auteur cependant W. H. MOORE prétendit retrouver en droit anglais actuel une prérogative absolue au profit de la Couronne, comparable à la raison d'Etat (*Acts of State* 1906).

Il existerait donc une certaine distinction dans la personne royale entre deux pouvoirs, un pouvoir normal et un pouvoir absolu. Le pouvoir normal correspond à notre droit privé, c'est-à-dire à la détermination des règles qui précisent les rapports des particuliers entre eux. Le pouvoir absolu s'occupe du bien général et de l'intérêt public (cf. Fleming C. B. Bates's Case 1606, 2, State Trials, 371). Le pouvoir absolu est au-dessus du « common law » mais c'est une loi par lui-même tenant au caractère du monarque.

C'est là la théorie moyenâgeuse, de la prérogative absolue (MOORE, *op. cit.*, p. 13) et il faut préciser comment elle s'est développée, avant d'en décrire les survivances actuelles.

Ce fut sous le règne d'Elisabeth que l'idée d'un pouvoir royal discrétionnaire fut invoquée par les juristes. On estimait que : « ...en plus des prérogatives admises au profit de la Couronne d'Angleterre sur des fondements légaux, il existait une sorte de souveraineté qu'on nommait le pouvoir absolu de la Couronne, tenant à la nature abstraite du pouvoir souverain et né de l'obligation pour l'Etat d'éviter la destruction » (cf. HALLAM et MOORE, *Acts of State*, p. 5).

MOORE n'hésite pas à poursuivre la définition de ce pouvoir absolu en le rapprochant de nos actes de gouvernement. Les « acts of state » échapperaient à toute appréciation, parce qu'ils manifestent la souveraineté de l'Etat. Mais l'étendue et

la portée de ces actes ne sont pas limitées, comme dans notre théorie des actes de gouvernement, à la sauvegarde de certains intérêts essentiels. Le pouvoir absolu de la Couronne en droit anglais devient un pouvoir absolument discrétionnaire pour toute l'Administration.

Mais le domaine qu'on assigne aux Acts of State ne permet peut-être pas d'aller aussi loin. Pour Moore il subsiste en droit anglais un domaine mal défini où la raison d'état a conservé sa place. Ainsi, la question de savoir si un territoire est indépendant ou non ; une puissance reconnue ; l'état de guerre entre deux pays. Et récemment les tentatives pour affirmer que les rapports diplomatiques créent des titres qu'on peut faire reconnaître par le droit. Il subsisterait donc une immunité des fonctionnaires de la Couronne dans ces questions, même lorsque ces actes heurtent des droits privés.

En premier lieu, les questions de reconnaissance d'Etats, de limitation de territoires, d'appréciation de souveraineté sont évidemment des actes du pouvoir exécutif incontrôlables. Mais cela se retrouve dans toutes les législations. Nous avons dit (chap. VII, 1^{re} partie) qu'on ne concevait en aucune façon qu'un tribunal national puisse apprécier des questions de portée internationale. Ces actes manifestent seulement le pouvoir discrétionnaire des Gouvernements de décider sur les questions d'ordre international sous le seul contrôle du Parlement et de l'opinion publique.

Le critérium donné par MOORE est d'ailleurs vague (*op. cit.*, p. 44). Il faut tenir compte d'après lui :

1^o De la nature du plaideur (souverain ou sujet d'un autre Etat).

2^o De la nature des actes et de l'autorité qui les a pris.

3^o Du lieu où fut pris l'acte (territoire étranger).

Il y aurait ainsi raison d'état dans les questions de « martial law » correspondant à notre état de siège ; le droit de le proclamer serait une prérogative du Gouvernement. Cela n'est pas très loin de notre système français (cf. le cas Luther v./ Borden, 1849, J. HOWARD, 1, MOORE, p. 51). Mais de même qu'en France l'état de siège est un système légal ; on en tire cependant une autre conséquence, c'est que, si la nécessité de le proclamer était réelle, les Cours de justice, après l'avoir vérifié, n'ont pas à apprécier les mesures d'exécution (DICEY, *op. cit.*, p. 510).

MOORE examine de même la question des colonies et Dominions, l'exécution des traités, les relations extérieures avec les Etats étrangers, les questions mises en jeu dans un autre pays, et surtout la question des traités comme source de droit (*op. cit.*, chap. 7 sqq.).

Si nous n'insistons pas davantage sur les « Acts of State », c'est qu'ils ne peuvent en réalité être considérés comme l'équivalent des actes de gouvernement. L'acte de gouvernement est un acte

contre lequel un recours serait normalement possible, si la loi ou la jurisprudence ne le supprimait pour des raisons politiques. Or tous les Acts of State sans exception sont des actes contre lesquels non seulement en droit anglais, mais en France également, il est impossible de concevoir des recours contentieux. Ce sont, sauf l'état de siège (cf. sur ce point le chapitre V, 1^{re} partie) des actes de portée internationale qui ne peuvent être appréciés par les juridictions nationales. D'autre part, ils ne semblent pas créer de rapports directs et particuliers entre l'Etat et les intéressés.

Mais ce qui reste intéressant dans l'affirmation de M. MOORE, c'est que, malgré la protection générale du pouvoir discrétionnaire en droit anglais, il se soit constitué encore une classe à part d'« Acts of State » où revivrait le principe de la raison d'état. Principe inutile, puisque le contrôle juridictionnel de ces actes ne se conçoit pas. Mais tradition persistante qui confirme notre croyance dans le caractère purement historique des actes de gouvernement en France.

Mais en réalité le problème des actes politiques de l'Etat en Angleterre ne pouvait se comprendre qu'avec un exposé général.

Ce que nous avons voulu établir, c'est que l'ensemble des garanties de fond (système des responsabilités) et de forme (contrôle des tribunaux)

équivalait à une théorie des actes de gouvernement. Si le mot n'existe pas et si l'idée paraît étrangère au droit anglais, peu importe, mais l'institution se retrouve, parce que, partout où il y a vie politique et contrôle juridictionnel, il faut bien reconnaître un terrain réservé. Sous la forme anglaise, c'est toute l'organisation administrative et judiciaire, la Constitution elle-même qui concourent à préserver les actes graves du Gouvernement. A quoi servirait-il d'enlever spécialement les actes politiques au contrôle juridictionnel ? Le système est beaucoup plus fort : tous les actes sont des actes de gouvernement dont l'appréciation dépend seulement de la bonne volonté du Roi lorsqu'il s'agit d'un tort. C'est la majorité des cas, les actes de gouvernement étant rarement l'inexécution d'un contrat. Et même alors, il ne sera pas besoin d'une théorie spéciale des actes de gouvernement, s'il s'agit de fonctionnaires, puisqu'ils sont privés de tous droits contre la Couronne.

Ce que nous voulons marquer en ce moment c'est qu'une institution tendant à la protection des actes politiques, comme d'ailleurs de tous les autres actes, existe en Angleterre. Le tableau que nous avons tenté nous permet de penser que la justice retenue aura été le prix de l'inexistence des actes de gouvernement.

Cet exposé un peu long du droit anglais nous a paru indispensable car il nous donnait l'occasion de marquer combien les idées classiques sur le

système britannique juridique correspondent peu à la réalité. En évolution continuelle, le droit anglais fournit un remarquable exemple de travail d'adaptation sociale dont nous avons cherché à donner un aperçu actuel.

CHAPITRE X

Le droit américain : exposé général

De même qu'en Angleterre, les efforts pour créer un système de responsabilité de l'Etat sont rares parce qu'ils se heurtent toujours aux mêmes maximes traditionnelles (« the State can do no wrong »). Aux U. S. A. cependant, aucune raison historique ne permettait de maintenir ces immunités, purement monarchiques dans leur fondement. Ce fut d'ailleurs l'opinion qui inspira l'un des premiers grands cas sur la matière, le cas *Chisholm v. Georgia* (1793, 2. Dall. 419) autorisant un particulier à poursuivre un Etat devant les Cours fédérales. Le raisonnement des juges était fort logique, mais les Etats se trouvant alors fort endettés craignirent de se voir condamnés à payer leurs dettes et obtinrent un amendement de la Constitution.

Le Onzième amendement de la Constitution interdit les procès devant les Cours fédérales intentés par un citoyen d'un Etat contre un autre Etat. Depuis lors, il ne fut plus possible pour les tribunaux de déclarer la responsabilité de l'Etat ; mais

ils firent plus et cherchèrent à justifier par la théorie une solution que, seule, la nécessité pressante des faits avait imposée.

Les premières raisons invoquées furent les maximes anglaises qu'on transposa. « The King can do no wrong » devint « The State can do no wrong ». Mais si ces principes étaient logiques en droit anglais, où l'histoire les explique et la tradition les conserve, ils deviennent ridicules aux U. S. A. Nous avons montré la signification féodale de la règle « The King can do no wrong ». Comment pouvait-on songer à l'imposer aux U. S. A. ? Tant que les colonies restaient soumises, la Couronne britannique ne changeait pas de régime juridique. Mais après la Sécession, la nouvelle République invoque des théories féodales pour expliquer son système de responsabilité. Ayant abandonné la conception anglaise de la monarchie souveraine, il fallait aussi en oublier les conséquences. Les U. S. A. devenaient un Etat au sens continental du mot, c'est-à-dire, une personne morale capable de s'obliger. Aucune objection ne pouvait être opposée à sa responsabilité. Mais les Américains dirent alors « The State can do no wrong ».

Ce n'est rien moins qu'une monstruosité juridique « The State can do no wrong, because the State is the law. » Il ne peut y avoir de responsabilité de l'Etat car l'Etat ne peut rien faire de contraire au droit : il crée le droit ; c'est jouer sur les mots et abuser d'une confusion volontaire. Si l'Etat créait

le droit à la manière américaine, ce ne serait plus le droit, ce serait l'arbitraire.

De nombreux publicistes se sont élevés contre cette manière de voir. Nous citerons la décisive réfutation de M. le Doyen BERTHÉLEMY :

« L'Etat créateur du droit ! Voilà une hérésie !... En pratique la nation est administrée par les gouvernants : chacun des gouvernants, de quelque manière qu'ils soient choisis, n'a qu'un pouvoir limité. Les uns légifèrent, les autres règlent, d'autres jugent, d'autres font la police. Chacun a sa place, a son rôle étroitement borné. La somme de ces pouvoirs limités ne peut pas faire un pouvoir absolu ! Les Cours de justice ne font pas le droit ; les législateurs, les administrateurs font des lois ou des décrets mais ils disent le droit, ils ne le créent pas, ils constatent ce que souhaite la volonté générale, ils décident de ce qu'il est utile d'admettre pour le bien de la communauté. Aucun d'eux n'est l'Etat. Le droit, supérieur aux lois et dont les lois ont pour objet de consacrer temporairement les applications jugées opportunes, naît dans l'Etat, se développe dans l'Etat, il n'est pas l'œuvre de l'Etat ». (*Thémis Polonaise*, vol. V, sér. III).

Par un abus de mots la théorie américaine repose donc sur des maximes incompatibles avec sa nature. Il faut dire cependant que les problèmes théoriques n'étant pas de ceux qui préoccupent particulièrement les juristes anglo-saxons, la question ne leur semble pas présenter une importance

extraordinaire. L'irresponsabilité de l'Etat fut décidée, nous l'avons vu, pour des raisons de fait uniquement.

Les opinions évoluèrent cependant peu à peu. On s'aperçut des dangers qu'il pouvait y avoir à ne protéger les individus que contre les autres individus, en les laissant parfaitement à la merci de l'Etat. Le principe de responsabilité purement personnelle du fonctionnaire inspiré de la législation anglaise ne permet pas évidemment de compenser les risques que l'activité grandissante de l'Etat développe sans cesse. La rigueur de la situation était augmentée par la distinction entre l'activité des groupements locaux qui entraînait leur responsabilité, alors que celle du gouvernement n'avait aucune répercussion sur sa responsabilité vis-à-vis des particuliers. Les juristes en vinrent alors à une autre idée, c'est que, entre le gouvernement et ses fonctionnaires, lorsqu'un tort est causé il n'y a plus rapport de « principal » à « agent ». Mais ce n'est pas là à notre avis une explication. Dire qu'il n'y a pas responsabilité parce que l'employeur ne répond plus des fautes de l'agent, c'est affirmer, non expliquer.

Aujourd'hui, on invoque des théories diverses : « égalité des charges » ou « protection égale des lois », de « droits fixes », d'« équité », de « sacrifices exceptionnels » (cf. Edwin M. BORCHARD in *Journ. of Comp. Law.*, 1930-2). Tous ces termes impliquent l'idée que les préjudices causés par l'activité des

services publics ne doivent pas peser sur les seuls particuliers mais être reportés sur la communauté.

Il y eut même un projet de réforme. Le Federal Tort Claims Bill fut admis par la chambre des Représentants et le Sénat le 2 mars 1929 (H. R. 9285, 70 th. Cong, 2d. sess.) mais subit le veto du Président. Depuis longtemps déjà les Cours de District, et la « Court of Claims » dont nous parlerons plus loin, connaissaient les procès en exécution de contrats avec l'Etat. La nouvelle loi aurait autorisé des procès en responsabilité pour dommages causés à des propriétés par un fonctionnaire agissant dans les limites du service, mais dont la négligence, l'erreur ou l'omission a causé un dommage. Mais ces procès n'auraient pas été portés directement devant les tribunaux ; la première juridiction saisie était en effet « the General Accounting Office of the Comptroller General » avec recours à la « Court of Claims ». C'était, comme en Angleterre, une tentative de création de juridiction administrative. Mais ici le recours réservé aurait pu faire admettre la nouvelle institution.

Quels que soient donc les mouvements doctrinaux, la règle de l'irresponsabilité de l'Etat reste intacte. Le fonctionnaire est seul atteint dans les procès en réparation des dommages causés par le fonctionnement des services publics. Sans avoir un fondement juridique logique comme en Angleterre, l'irresponsabilité de la puissance publique n'en est donc pas moins fixée.

La règle de l'immunité judiciaire a de même survécu mais elle se recommande encore de cette idée que l'Etat, créateur des tribunaux, ne peut se voir jugé par eux. Nous ne reviendrons pas sur cette confusion. Elle explique le système spécial qui dut être envisagé. On ne pouvait conserver la « *Petition of Right* » parce que l'Exécutif aux U. S. A. n'est plus le Souverain comme en Angleterre mais une partie seulement de l'Etat, munie de pouvoirs précis, fixés par la Constitution et au nombre desquels ne fut jamais inscrit celui d'examiner la compétence des tribunaux sur des procès de responsabilité contre l'Etat. D'ailleurs nous avons vu que la Constitution refusait au pouvoir judiciaire le droit d'apprécier les actions contre l'Etat ; aucun moyen ne pouvait entraîner une appréciation juridictionnelle. La « *Petition of Right* » ne pouvait exister.

Cependant certains cas établirent la nécessité de trouver des autorités compétentes pour décider si les réclamations pécuniaires contre l'Etat ne pouvaient être admises. Ce qui importait en fait, c'était d'obtenir finalement un paiement par l'Etat de la réparation du préjudice. Or les tribunaux aux U. S. A. n'ont aucune autorité pour ordonner un paiement. Il était donc inutile de leur accorder le droit de déclarer la responsabilité des services publics ; l'affirmation de la responsabilité n'est rien si la sanction pécuniaire ne suit pas. Cet esprit de la Constitution américaine explique

seul la procédure de la pétition à la Législature.

La pétition à la Législature est une demande de réparation du préjudice causé à un particulier. Demande gracieuse qui ne comporte pas la prétention de rejeter la responsabilité sur l'Etat, c'est une simple demande de paiement. Il n'y a donc dans cette institution aucun trait qui permette d'en faire l'élément d'un système de responsabilité. Il n'est pas question de responsabilité, mais de paiement. L'irresponsabilité de principe est maintenue. Mais comme la Législature a seule le pouvoir financier, les particuliers peuvent la solliciter d'autoriser un paiement d'indemnités (FREUND, *Private Claims against State*).

Les dangers de cette institution sont trop nettement révélés par son caractère même pour qu'il soit utile d'insister. L'arbitraire de la décision de la Législature, la possibilité pour les Gouverneurs d'Etats et le Président des U. S. A. d'en arrêter l'effet par leur veto, le surcroît de besogne et les compromissions politiques sont les conséquences les plus nettes de la pétition à la Législature.

Nous retrouvons alors une évolution, bien connue en France, de la justice retenue à la justice déléguée. Un tribunal ou plutôt un conseil fut créé pour examiner les pétitions et donner un avis, la « Court of Claims », mais la Législature décidait encore. Puis le conseil devint tribunal autonome,

chargé de juger uniquement les réclamations pécuniaires contre l'Etat.

La « Court of Claims » fut créée par l'Act du 24 février 1855. Elle réside à Washington et se compose d'un Président et de quatre membres, nommés par le Président sur l'avis du Sénat. Jusqu'en 1863 les décisions de la Cour n'étaient pas obligatoires et il fallait l'approbation du Congrès pour que les paiements puissent être faits. La Cour Suprême refusait de contrôler ces décisions parce qu'elles n'étaient pas définitives (cas *Gordon v./ United States*, cité par WILLOUGHBY, II, 1259).

Une loi du 17 mars 1866 fit enfin du conseil un tribunal véritable dont les décisions définitives sont sujettes à appel devant la Cour Suprême. La « Court of Claims » est depuis lors considérée comme un tribunal fédéral de premier degré (*De Groot v./ United States* et *United States v./ Kleim*, WILLOUGHBY, *loc. cit.*).

Certains Etats ont également constitué des « Court of Claims » sur le même modèle.

La compétence de la « Court of Claims » est ainsi précisée dans la Section 145 du Code de Justice. :

1^o « Pour toutes les demandes (sauf les pensions) fondées sur la Constitution des Etats-Unis ou les lois du Congrès, les réglementations d'un Ministère, les contrats (exprès ou tacites) avec le Gouvernement des Etats-Unis ou pour des dommages évalués ou non, s'il ne s'agit pas de torts, le parti-

culier pourra obtenir justice contre les Etats-Unis... si les Etats-Unis étaient responsables...

2^o Toutes demandes d'indemnités, évaluées ou non, de la part du Gouvernement des Etats-Unis contre les particuliers qui les poursuivent...

La « Court of Claims » est donc incompétente toutes les fois qu'il s'agit de réclamations pour torts. Il ne reste alors que la Pétition au Congrès.

La responsabilité ne paraît donc pas menacer sérieusement les services publics. Nous avons déjà signalé le dernier projet repoussé par le Président (cf. commentaire de E. BORCHARD, *op. cit.*).

Cependant ces dernières années montrent certaines préoccupations du Congrès et une tendance à autoriser les procès pour « torts » contre les Etats ou à permettre aux services publics de fixer leur responsabilité d'après des règles juridiques coutumières.

Ainsi en 1910 les procès pour méconnaissance de brevets d'invention sont admis. Depuis 1900 d'autre part, des actes spéciaux ont attribué des fonds importants pour l'indemnisation des dommages causés par des torts ou ont renvoyé de tels procès devant la « Court of Claims ».

Pendant la guerre le contrôle assuré par le Gouvernement sur les chemins de fer et les services de navigation permit de faire une loi en 1925 pour autoriser les procès contre l'Etat en réparation des dommages causés aux navires. Le Congrès a de même confié à certains services (Executive depart-

ments) des pouvoirs juridictionnels sur les « torts » causés dans l'exercice de leurs fonctions. Nous avons déjà rencontré ce système de juridiction par les administrateurs en Angleterre. Aux Etats-Unis ce principe fut adopté dans plusieurs lois qui accordent de tels pouvoirs aux services du pouvoir exécutif, mais réservent en général un droit de révision par le Congrès (General Act of 28 december 1922).

Depuis le début du siècle, un mouvement s'opère certainement, une tendance se marque, de transformer le régime des procès en responsabilité d'arbitraire en légal. Après la compétence purement politique du Congrès, la « Court of Claims » est saisie d'abord des conséquences des contrats, puis de cas très spéciaux de responsabilité pour tort (tels ceux déjà cités de violation de brevets d'invention, « patents infringement »). Le mouvement ne devrait pas s'arrêter là et on a pu considérer que la responsabilité pour tort serait bientôt examinée avec des garanties judiciaires et non plus avec l'arbitraire politique. C'est l'opinion de Edwin M. BORCHARD dans le commentaire du Federal Tort Claims Bill dont il refait l'historique (article précité). Le projet est en effet fort intéressant parce qu'il renferme en lui-même le tableau de l'évolution du régime de responsabilité dans toutes ses phases. Il conserve en effet la compétence juridictionnelle des services du pouvoir exécutif avec appel au Congrès pour les procès dont l'intérêt

n'atteint pas 5.000 dollars. Mais pour les réclamations s'élevant de 5 à 10.000 dollars, compétence des Cours de District ou de la « Court of Claims » qui sera par contre seule saisie, si le litige dépasse 10.000 dollars.

Les deux époques sont donc réunies encore dans cet Act : la compétence du pouvoir exécutif, juge en sa propre cause et le régime légal de contrôle par les juges indépendants. Le projet présenté en 1926 à la Chambre des Représentants serait resté le type de l'acte de transition. Il manifeste, bien que repoussé, la tendance à envisager désormais un régime légal des responsabilités.

Mais il faut encore tenir compte de ce fait que les jugements prononcés contre l'Etat aux U. S. A. ne sont peut-être pas aussi définitifs qu'ils le semblent. Nous ne discuterons pas la question théorique de savoir si les jugements de la « Court of Claims » sont définitifs en matière de contrats ou quasi-contrats ; le Congrès en effet a toujours voté les fonds nécessités par les décisions de la Court. Mais lorsqu'il s'agit de « torts » la situation n'est plus la même. Les Cours de justice ont en effet soutenu qu'il n'existait aucun recours pour obtenir du Gouvernement le paiement de l'indemnité qui fut fixée par jugement. Le système n'est donc pas sûr, en ce sens qu'une indemnité accordée ne sera pas toujours payée. Mais nous croyons qu'en pratique l'effet des jugements aux U. S. A. est aussi définitif que dans les pays du Continent et qu'en

•

réalité les indemnités sont en pratique accordées.

M. Edwin M. BORCHARD fait alors un rapprochement fort intéressant entre le projet anglais du Lord Chancelier auquel nous fîmes allusion dans le chapitre précédent. Les principes qui inspirent ce projet étaient la suppression de la *Petition of Right* et la liberté des procès pour « tort » contre la Couronne. Il ne subsistait donc aucune limite aux procès en responsabilité contre l'Etat que les tribunaux auraient pu juger comme de simples procès entre particuliers. Comparant le *Federal Tort Claims Bill* avec le projet anglais M. BORCHARD écrit :

« Sans envisager aucune théorie spéciale de justice sociale, la force des circonstances a évidemment forcé l'Angleterre et les Etats-Unis à tenir compte du fait que les dommages subis par les individus par suite de la négligence ou des actes irréguliers des services publics dans les limites de leurs fonctions ne doivent pas être supportés par ces individus ou en définitive par le fonctionnaire, mais par la communauté pour laquelle il agit, l'Etat lui-même...

« ...Tandis que le projet américain n'est que le début de la reconnaissance par l'Etat d'une obligation qui, sur le Continent, est considérée comme naturelle et évidente, et alors que la procédure pour mettre cette obligation en pratique n'est pas satisfaisante, on peut espérer que de futurs Congrès porteront les lois américaines à peu près au niveau

que représente le projet anglais et la pratique depuis longtemps adoptée en France et en Allemagne. Lorsque ce temps sera venu, nous serons justifiés d'adopter la vantardise de DICEY parlant de la « rule of law » comme d'un rempart de protection pour l'individu dans ses rapports avec le Gouvernement ».

Cette citation, dont les derniers mots font justice d'une prétention trop souvent admise sans critiques, montre bien que les temps où la responsabilité de l'Etat sera admise dans les pays anglo-saxons sont encore à venir. Les deux projets ont été repoussés. Comme nous ne pouvons juger que le stade actuel, il ne fait aucun doute que l'irresponsabilité de l'Etat soit aussi entière aux Etats-Unis qu'en Angleterre. Si l'évolution des idées y fut plus rapide, les résultats sont les mêmes. Nous en sommes toujours à la responsabilité personnelle du fonctionnaire. Peut-être verrons-nous plus tard la Court of Claims juger librement des compensations à donner aux torts. Mais actuellement, le seul responsable des torts devant les tribunaux c'est le fonctionnaire. La responsabilité de l'Etat est aux mains du Congrès, organe politique, qui décide librement des indemnités à accorder sur des recours purement gracieux. Il nous faut voir si les règles de responsabilité personnelle des fonctionnaires ne comportent pas des garanties susceptibles de faire renaître en ce domaine des prérogatives du Gouvernement dont nous avons montré

l'attachement à l'arbitraire et au pouvoir de décider en sa propre cause.

Nous ne retrouvons pas aux U. S. A. l'application parfaite de la « rule of law » aux fonctionnaires. Les règles du droit commun ne sont pas conservées aussi complètement qu'en Angleterre dans l'appréciation de la responsabilité des fonctionnaires. Les Américains ont introduit dans la matière une distinction nouvelle.

On sépare les fonctions où les particuliers ont droit à un certain mode d'exécution et celles où ils ne peuvent rien demander aux fonctionnaires. Le droit commun ne s'applique qu'aux premières (cf. BONNARD, *op. cit.*).

Il apparaît immédiatement que cette distinction est le fond même de notre problème, car elle n'est pas autre chose que la distinction entre le pouvoir lié et le pouvoir discrétionnaire. Les U. S. A., comme les pays continentaux, reconnaissent une sphère d'activité réservée. L'irresponsabilité des services publics ne suffirait pas ; sans doute entraîne-t-elle l'indifférence pécuniaire de l'Etat pour les dommages causés par le fonctionnement des services. Le problème pouvait donc sembler résolu. Mais on se rendit compte que, s'il s'agit de ces actes graves que le particulier n'a aucun droit à obtenir, ce n'était pas seulement l'Etat qu'il fallait protéger mais aussi l'auteur même de l'acte. L'acte discrétionnaire n'entraî-

nera aucune responsabilité pour l'agent parce qu'il est par essence un acte libre.

D'après GOODNOW (Amer. Adm. Law 402), MECHEM (789), WILLOUGHBY (921) nous devons faire la distinction entre les pouvoirs « discretionary » et « ministerial ». Il y a « discretionary powers » lorsque le fonctionnaire peut agir ou s'abstenir, et lorsqu'il a le choix des moyens. Les « ministerial powers » au contraire sont les pouvoirs fixés par la loi et dont les conditions ne permettent pas la libre appréciation par le fonctionnaire. Pouvoir discrétionnaire. Pouvoir lié.

M. le Professeur BONNARD signale (p. 100) que si l'on trouve parfois les mots « judicial powers » pour « discretionary powers » c'est que le pouvoir judiciaire paraissant aux U. S. A. le type même de l'autorité discrétionnaire, c'est à lui que l'on songe en parlant de ces fonctions incontrôlées ; aussi a-t-on étendu le qualificatif de « judicial » pour « discretionary » à tous les fonctionnaires.

Sans insister ici sur cette distinction entre pouvoir discrétionnaire et pouvoir lié que nous reprendrons dans la Conclusion, nous en signalerons seulement les effets du point de vue de la responsabilité personnelle des fonctionnaires américains.

Seule la compétence « ministerial » entraîne responsabilité ; l'acte devait être accompli vis-à-vis de tel particulier qui fut lésé par son accomplissement irrégulier ou son omission. Au contraire si la compétence du fonctionnaire était

« discretionary » aucun droit n'en résulte pour le particulier lésé (cases *Spalding v. Vilas* et *Kendall v. Stokes* rapportés par WILLOUGHBY, 927).

Des cas cités se dégage la volonté très nette de ne pas contrôler le pouvoir discrétionnaire, de peur de porter atteinte à l'indépendance du pouvoir exécutif. La grande force reconnue aux U. S. A. au principe de la séparation des pouvoirs vient donc renforcer la distinction.

En Angleterre nous avons bien trouvé des pouvoirs discrétionnaires, mais il n'existe pas cette restriction du droit américain qui exige en quelque sorte un droit subjectif du particulier à l'accomplissement de l'acte. La notion de bien du service ou d'intérêt général n'existe pas. Il faut établir des relations particulières entre le fonctionnaire et le particulier qui avait droit à l'accomplissement de l'acte pour fonder la responsabilité.

Nous allons chercher à préciser pour les fonctionnaires du pouvoir exécutif quels sont les actes discrétionnaires. Il faut cependant noter que tous les fonctionnaires, ceux du pouvoir législatif comme les juges, ont l'exercice de « discretionary powers ». Mais notre étude ne s'étendant pas au pouvoir discrétionnaire en général, mais aux actes de gouvernement, nous rechercherons seulement les actes discrétionnaires qui leur sont le plus assimilables aux Etats-Unis. Il ne s'agira donc ici que des actes du pouvoir exécutif.

Les fonctionnaires pouvant engager leur respon

sabilité dans les actes du pouvoir exécutif sont le Président des U. S. A., les gouverneurs des Etats, les chefs de départements exécutifs et les bureaux.

Le caractère de hautes autorités administratives de tous ces personnages montre clairement que leurs fonctions sont le plus souvent discrétionnaires. Il est rare que le Président ou un gouverneur soient tenus de l'exécution d'un devoir, spécialement vis-à-vis d'un particulier. Nous avons dit que c'était la règle nécessaire à l'application du droit commun et de la responsabilité personnelle. Les bureaux furent ainsi déclarés responsables lorsqu'ils étaient tenus de devoirs « ministerial » vis-à-vis des particuliers (cf. MECHEM; *op. cit.*, 610). Mais les chefs du pouvoir exécutif ont le plus souvent dans leurs fonctions l'usage de « discretionary powers ». Leur action a soulevé un certain nombre de décisions que rassemble la « doctrine of political questions » ; c'est la question même du contrôle d'actes graves par les tribunaux, le centre du problème des actes de gouvernement.

CHAPITRE XI

« The doctrine of political questions » aux U. S. A.

L'impression la plus curieuse que produise le droit américain en notre matière, c'est qu'il a négligé les précédents anglais pour adopter une attitude que nous connaissons aussi d'ailleurs : celle de la législation allemande. Nous avons en effet exposé la jurisprudence du Reichsgericht et montré que les tribunaux allemands n'écartaient pas par principe les actes de gouvernement, mais ne se reconnaissaient qu'un droit de contrôle limité à cause de la nature particulière qu'ils reconnaissaient à ces actes.

Cette même formule pourrait s'appliquer à la conception américaine du problème. Ce qu'on appelle la doctrine des actes politiques est exprimée dans les termes suivants par WILLOUGHBY (III, 1326) : « Where discretionary powers are granted by the Constitution or by statute, the manner in which those powers are exercised is not subject to judicial review. The courts, therefore, concern

themselves only with the question as to the existence and extent of these discretionary powers ».

« Lorsque des pouvoirs discrétionnaires sont accordés par la Constitution ou la loi, l'exercice de ces pouvoirs est soustrait à tout contrôle judiciaire. Les tribunaux, par conséquent, ne sont compétents que sur l'appréciation de l'existence et des limites de ces pouvoirs discrétionnaires. »

Nous sommes donc ramenés à une situation que nous connaissons déjà, le caractère incontrôlable du pouvoir discrétionnaire préservant le pouvoir exécutif, il n'existe aucune nécessité de chercher des actes de gouvernement. Ils sont protégés par cette clause générale de sauvegarde.

Mais il faut cependant préciser ce que le droit américain a estimé constituer des « political questions ». WILLOUGHBY les définit ainsi :

« Dans de nombreux cas, l'action du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif est dictée par des considérations d'intérêt public ou politique. Ces considérations ne permettent pas évidemment aux législateurs de violer les prévisions de la Constitution ni aux administrateurs d'exercer une autorité qui ne leur a pas été accordée par la Constitution ou les lois, mais, dans ces limites, elles les autorisent sans aucun doute à reconnaître qu'un certain état de choses ou qu'un statut donné existent, ces décisions ainsi que leurs conséquences ne pouvant être supprimées par les tribunaux. »

Ceci nous semble une explication moins qu'une

définition car c'est simplement remplacer les mots « political questions » par « considerations of political policy ». Cela n'éclairait en rien le problème. Sans doute l'expression générale de la définition ci-dessus rapportée évoque simplement la théorie du mobile politique. Mais il y a plus et WILLOUGHBY a voulu préciser l'espèce de décisions discrétionnaires que peut prendre le pouvoir exécutif, déterminer un état de fait ou reconnaître un statut. Seule la jurisprudence nous éclaircira ces formules:

Mais auparavant il nous faut signaler que tous les fonctionnaires sont préservés du contrôle judiciaire et non seulement le Président des U. S. A. Il couvre ses subordonnés du même privilège que le Roi d'Angleterre protège ses officiers « emanations of the Crown ».

Cette doctrine curieuse est affirmée dans le cas classique de *Marbury v/ Madison*.

On sait que cette affaire, par elle-même dénuée de toute importance ne fut qu'un prétexte pour le juge MARSHALL d'affirmer sa théorie du contrôle de constitutionnalité des lois fédérales par la Cour Suprême. Le cas *Marbury v/ Madison* ne présentait aucun caractère permettant d'invoquer l'inconstitutionnalité d'une loi fédérale (Sur ce cas cf. J. LAMBERT, *R. D. P.*, 1931).

Lors de la succession de JEFFERSON au président ADAMS, une liste de quarante-deux juges de paix était restée au Ministère de la Justice. Le nouveau ministre MADISON en supprima dix-sept. L'un de ces

juges de paix, W. MARBURY et quatre autres portèrent l'affaire devant la Cour Suprême. L'affaire ne fut appelée que 3 ans plus tard, les délais pour lesquels les juges de paix avaient été nommés étaient presque terminés, MARBURY n'avait donc aucun intérêt à l'annulation. C'est le type du procès où seul le plaisir d'obtenir raison fait poursuivre la lutte. L'intérêt en était donc nul pour la Cour Suprême. Et ce fut cette raison qui décida MARSHALL à déclarer son opinion aussi fermement, car il savait ne nuire à personne.

Ce qui nous intéresse dans l'exposé de ce cas c'est que la difficulté même de l'affaire constitue notre question. Il s'agissait de savoir si un acte du ministre violant les droits d'un simple particulier pouvait être apprécié par les Cours de justice. Le Gouvernement affirmait que non, invoquait le principe de la séparation des pouvoirs, dont la violation serait évidente si le pouvoir judiciaire se permettait d'intervenir dans les affaires administratives. Nous sommes ici devant le problème même d'où naquirent les actes de gouvernement et les réflexions du juge MARSHALL devant ces objections furent celles de tous les juristes qui admettent les actes de gouvernement. En termes courants nous dirions qu'il faut « faire la part du feu ». Si MARSHALL voulait faire admettre le contrôle des actes du pouvoir exécutif par les Cours de justice, il lui fallait néanmoins reconnaître un domaine réservé au pouvoir discrétionnaire. Vouloir tout contrôler,

c'eût été perdre le bénéfice de tous les efforts ; en limitant son contrôle il le faisait tolérer. Et c'est alors qu'il définit lui-même sa tâche en affirmant déjà la doctrine des « political questions » :

« En vertu de la Constitution des Etats-Unis, le Président est investi de certains pouvoirs politiques importants qu'il exerce à sa guise et dont il ne doit compte qu'à son pays en ce qui concerne sa personnalité politique, et à sa propre conscience. Pour l'aider à accomplir ses devoirs, il a le droit de nommer certains fonctionnaires qui agissent par son autorité et selon ses ordres. Dans ce cas leurs actes sont ses actes ; et quelque opinion qu'on ait de la manière dont le pouvoir discrétionnaire peut être employé, il n'existe cependant et ne peut exister aucun moyen de contrôler ce pouvoir discrétionnaire. Ces questions sont politiques. Elles intéressent la Nation, non pas les droits individuels et étant confiées au pouvoir exécutif, la décision de ce pouvoir est définitive. L'application de ce raisonnement est perçue dans l'acte du Congrès qui établit le département des Affaires étrangères. Il doit se conformer, d'après cet acte, à la volonté du Président. Il est précisément l'organe par lequel cette volonté est communiquée. Les actes d'un tel agent, comme agent, ne peuvent jamais être examinés par les cours de justice. » (WILLOUGHBY, III, 1327).

Voilà donc la distinction des actes politiques et

des actes administratifs sur laquelle nous ne reviendrons pas ici.

* * *

Il ne peut plus être question que d'énumération pour préciser dans l'esprit du droit américain la portée de cette distinction. De même que dans notre droit aucun critérium n'a pu être fixé aux actes de gouvernement, de même les juristes américains sont obligés de constituer une liste simplement énumérative.

1^o Existence et limitation territoriale de la souveraineté.

L'existence et les limites territoriales de la souveraineté d'un Etat sont considérées comme des questions politiques.

Ainsi le cas *Wilson v/ Shaw*, les titres acquis par les Etats-Unis sur le canal de Panama par le traité avec la République de Colombie étaient mis en doute. La Cour n'admit pas cette prétention :

« Nous n'avons pas de pouvoirs de contrôle sur la branche politique du Gouvernement lorsqu'il agit dans les limites de la Constitution. »

La Cour Suprême se refuse même à rechercher quelle est l'autorité souveraine dans un territoire donné, préférant adopter plus simplement l'opinion émise par les départements politiques. Comme pour notre Conseil d'Etat, le seul mot de souveraineté étrangère provoque un réflexe d'incompé-

tence, les deux juridictions ne voulant à aucun prix s'immiscer dans les affaires délicates, de caractère international.

Cas Williams v/ Suffolk Insurance Co^o marque bien cette préoccupation :

« Si le pouvoir exécutif qui est chargé des relations extérieures affirme sa souveraineté sur un territoire dans sa « correspondance » avec une nation étrangère, peut-on douter que cela ne soit définitif pour l'autorité judiciaire. Il ne peut donc être question pour les Cours de justice de déterminer si le pouvoir exécutif a tort ou raison. Il doit suffire de savoir qu'il a pris cette solution dans l'exercice de ses pouvoirs constitutionnels. Ayant agi sous sa responsabilité, il oblige le peuple et le Gouvernement de l'Union. Sinon des cas pourraient se présenter où, sur de très importantes questions de juridiction étrangère, il y aurait divergence entre le pouvoir exécutif et l'autorité judiciaire... »

De même dans le cas Jones v/ United States :

« La question de savoir qui est souverain *de jure* ou *de facto* d'un territoire n'est pas une question judiciaire mais politique dont la solution par les départements législateurs ou exécutifs d'un gouvernement lie définitivement les juges comme tous les autres fonctionnaires, citoyens et sujets du Gouvernement. »

La préoccupation décisive fut évidemment d'éviter toute possibilité de conflits avec le pouvoir exécutif sur des questions diplomatiques. Le service

diplomatique a paru aux Cours de justice mieux préparé pour décider des questions de souveraineté. On ne peut critiquer d'ailleurs cette jurisprudence. Nous avons déjà exposé avec la jurisprudence de notre Conseil d'Etat que nous estimions impossible de faire apprécier les questions de souveraineté par des tribunaux internes. De quel droit une juridiction nationale viendrait-elle décider de la compétence sur ces questions de souveraineté ? S'il est des actes dont l'appréciation échappe naturellement aux tribunaux ordinaires ce sont bien les actes de souveraineté. Nous avons d'ailleurs montré qu'il était inutile de parler d'actes de gouvernement à ce propos (cf. *Des actes diplomatiques*, 1^{re} partie, ch. VII).

2^o Etat de guerre :

Les déclarations du pouvoir exécutif ou législatif touchant à l'état de guerre, à la reconnaissance de l'indépendance ou de la neutralité d'un Etat n'admettent aucun contrôle des Cours de justice. C'est l'opinion exposée par le juge suprême MARSHALL dans *United States v/ Palmer* :

« Les questions touchant aux droits de la partie d'un Empire étranger qui lutte pour son indépendance, ou l'affirme, et la conduite à observer par les Cours de justice vis-à-vis des sujets de ce nouvel Etat, sont en général plutôt des questions politiques que des questions de droit... Dans de telles contestations, une nation peut adopter une cause ou

l'autre : neutralité absolue ou reconnaissance limitée. En général on peut dire que si le Gouvernement reste neutre et reconnaît l'existence d'une guerre civile, les Cours de justice ne peuvent tenir pour illégaux les actes d'hostilité autorisés par la guerre et que le nouveau Gouvernement dirige contre l'ennemi. »

C'est en raisonnant ainsi que s'explique la jurisprudence des Cours de justice au moment de la guerre entre l'Espagne et ses colonies. Les Etats-Unis reconnurent qu'il y avait guerre civile tout en restant neutres. Les Cours tinrent donc pour légaux les actes de guerre que les Gouvernements révolutionnaires d'Amérique du Sud employaient contre l'Espagne.

Il n'y a, ici encore, aucune difficulté à admettre la théorie de la Cour Suprême. Les considérations de cet ordre sont tout à fait étrangères au pouvoir judiciaire et nous estimerions extraordinaire qu'elle eut le droit de reviser des déclarations qui fixent la politique générale du pays.

3^o Questions diplomatiques :

La conduite du service diplomatique et les relations avec les pays étrangers ne dépendent que des départements spécialisés. La politique a été complètement enlevée au contrôle des tribunaux. La Cour refusa dans le cas *Oetjen v/ Central Leather Co* d'apprécier la reconnaissance de la République de Mexico par les Etats-Unis.

Les Cours ne peuvent apprécier les responsabilités d'actes commis en pays étranger, c'est notre jurisprudence même. La souveraineté des Etats ne permet pas de faire examiner les actes de l'un d'eux par les tribunaux de l'autre ; ce serait de l'avis de la Cour Suprême : « mettre en péril les relations amicales entre Gouvernements et menacer la paix des nations ».

Consultée sur la question de l'indépendance du Texas avant sa réunion aux U. S. A. la Cour Suprême dans *Kennett and al v/ Chambers* répond :

« Cela n'intéresse que le département des Affaires étrangères. Si nous recherchions si, en fait, le Texas n'était pas devenu un Etat indépendant avant d'être reconnu tel, nous usurperions l'exercice de l'autorité politique pour laquelle un tribunal judiciaire est tout à fait incompétent et que la Constitution a réservé exclusivement à un autre service. »

Sur la validité des traités, la Cour Suprême montre toujours la même prudence que notre Conseil d'Etat. Elle renvoie l'appréciation de toutes ces difficultés au département des Affaires étrangères. Ainsi *Doe v/ Braden* pour l'appréciation des pouvoirs du Roi d'Espagne, et *Terlinden v/ Ames* sur la survivance d'un traité de 1852 avec la Prusse.

La Cour refuse nettement toute intrusion dans le service diplomatique.

4^o Questions politiques diverses :

Nous sommes contraint de rassembler sous une

aussi vague étiquette une série d'hypothèses très diverses où ne se montre qu'une tendance commune, le désir des Cours de justice de repousser tout essai de contrôle.

Ainsi les Cours se déclarent incompétentes pour annuler la décision des départements politiques du Gouvernement national fixant quel est des deux organisations en lutte le Gouvernement *de jure* d'un Etat de l'Union américaine (Luther v/ Borden).

Un particulier réclame le paiement d'une indemnité à lui promise à la suite d'un accord entre les U. S. A. et Mexico. Des recherches étant engagées sur la validité de ses droits par le Secrétaire d'Etat, la Cour décida que le pouvoir judiciaire était incompétent, la question restant soumise aux pouvoirs politiques de l'Etat (United States ex-rel. Boynton v/ Blaine).

Le Président lorsqu'il rappelle la milice pour arrêter une insurrection exerce un pouvoir politique échappant à tout contrôle (Martin v. Mott).

On pourrait s'étonner au premier abord que les procès entre Etats de l'Union rentrent dans la compétence de la Cour Suprême. Ce sont bien, en effet, des questions politiques au plus haut point et qui devraient effrayer les autorités judiciaires dont nous venons d'exposer la prudence. Mais c'est la Constitution elle-même qui fixa la juridiction de la Cour Suprême sur les litiges entre deux ou plusieurs Etats. La Cour Suprême a donc aux Etats-Unis le

rôle de Haute Cour entre Etats, comme la Haute Cour constitutionnelle d'Allemagne (cf. notre chapitre II, II^e partie).

Il est assez difficile de rapprocher la jurisprudence américaine des solutions fournies par notre Conseil d'Etat. S'il semble tout d'abord qu'il y ait presque identité, un examen plus sérieux montre d'appréciables divergences. Sans doute les motifs qui ont inspiré les juges américains sont-ils ceux même que nous sentons latents dans les décisions du Conseil d'Etat. Il s'agit toujours de ménager la liberté nécessaire aux organes du Gouvernement dans la conduite des affaires politiques les plus délicates. Le juge limite lui-même son contrôle pour des raisons de prudence et d'incompétence également, ses préoccupations étant plus normalement d'ordre juridique que d'ordre politique.

Mais l'attitude du juge américain n'est cependant pas aussi entière que celle du Conseil d'Etat. Celui-ci répond en effet par une déclaration formelle de son incompétence et une fin de non-recevoir, sorte de réflexe de défense contre les actes politiques dont on ne veut rien apprécier. C'est donc un rejet de compétence total que provoquent les termes « actes politiques ».

Au contraire les Cours de justice admettent l'examen d'un litige dont l'importance politique n'est pas niée, à condition que des intérêts privés

soient en jeu. Lorsque les droits des particuliers dépendent d'un traité, les Cours ne refusent pas d'examiner l'affaire si les autorités politiques n'ont pas réglementé la question.

Ainsi était mis en cause un traité entre les U. S. A. et l'Angleterre sur les limites de leur souveraineté dans la Mer de Behring. La Cour d'appel saisie d'un recours particulier se prononça pour la force du traité et ceci contre l'opinion des services politiques du Gouvernement. C'est un cas intéressant de sanction de la force obligatoire des traités. La Cour considère le traité comme définitif et obligatoire comme une loi. Elle n'a pas à renvoyer pour interprétation aux services des Affaires étrangères car il n'y a pas lieu à interprétation. La question a été réglée définitivement par le traité. Il y a une loi, c'est une simple question d'application (cas *The La Ninfa*).

Le juge ne repousse donc pas les questions d'application des traités, il ne renvoie même pas pour interprétation ; il se saisit de la convention, l'étudie et en définit les conséquences. Il se défend d'usurper aucune fonction de l'exécutif en ces termes :

« Il reste certain que les questions douteuses doivent être remises aux services politiques du Gouvernement. Elles sont en dehors de la compétence judiciaire et si un tort fut commis, le pouvoir de réparer est au législateur, non au juge. Mais ici il n'y a pas de question douteuse. L'arbitrage est devenu définitif. Un traité accepté et ratifié devient la loi

suprême du pays... Le devoir des tribunaux est de donner effet à la volonté souveraine. »

C'est donc une application sans discussion des traités que décident les tribunaux américains, assimilant le traité ratifié à la loi du pays. C'est la solution théorique que nous avons défendue dans le chapitre VII de la I^{re} partie, mais que contredit la jurisprudence du Conseil d'Etat.

* * *

Le droit américain présente un caractère curieux qu'il faut préciser nettement car c'est une tendance qui sera intéressante pour le tableau général de la théorie des actes de gouvernement. Même aux U. S. A., où le pouvoir discrétionnaire n'est pas contrôlé, subsiste une catégorie d'actes spéciaux qui répondent aux hypothèses universellement connues d'actes de gouvernement. L'Administration n'exige pas cependant de protection spéciale puisque son appréciation de l'opportunité est libre.

En Angleterre de même, nous avons vu qu'il subsiste des « Acts of State » malgré l'ensemble des protections assurées à l'Administration par le système juridique national.

Sans pouvoir donner de réponse affirmative à ce curieux problème de la survivance d'actes de gouvernement alors même que l'Administration n'est pas contrôlée, nous suggérerons seulement une explication d'ordre traditionnel. En droit anglais,

il est évident que les « Acts of State » ne sont que l'ancienne « prérogative » du pouvoir royal. Aux U. S. A., la notion des « Acts of State » demeura après la Sécession et se transforma en « doctrine of political powers ».

Nous retiendrons donc des systèmes anglo-saxons que les actes de gouvernement peuvent encore se différencier à l'intérieur du pouvoir discrétionnaire, lorsque celui-ci échappe au contrôle de l'opportunité. Mais surtout cela nous permet d'affirmer sans plus de doute que l'acte de gouvernement n'est que le résultat d'une adaptation encore imparfaite du contrôle juridictionnel à l'Administration, en même temps que la survivance d'une conception monarchique de la souveraineté de l'Etat.

CHAPITRE XII

Systèmes italien et espagnol

Nous n'avons pu consacrer de longs développements à ce chapitre, d'abord parce que l'exposé des principales législations sur le problème ne constituerait pas une étude de droit comparé véritable. Sans doute confond-on trop souvent l'étude des droits étrangers avec le droit comparé. Ce sont pourtant choses distinctes. La connaissance des législations étrangères est bien à la base du droit comparé, elle est indispensable, c'est le premier stade, mais ce n'est pas le droit comparé. Après avoir étudié les lois des différents pays il faut en chercher les tendances communes, les possibilités d'accord, alors seulement on fait du droit comparé. Or la place nous manquait dans le cadre de cette étude pour faire l'exposé systématique des plus importantes législations sur notre question. Nous avons donc choisi les systèmes germaniques et anglo-saxons pour des commentaires plus détaillés. Mais l'examen de toutes les législations était impossible. La session de l'Institut International de

Droit Public ne put d'ailleurs obtenir des rapports de tous les pays. Quant à nous, il nous a semblé qu'une étude de l'acte de gouvernement en théorie ne nécessitait pas autre chose qu'une base sûre de droit comparé ; nous croyons que les systèmes germaniques et anglo-saxons permettent de l'établir en comparaison avec notre droit, c'est-à-dire de dégager les caractères communs et les tendances générales qui permettront la compréhension du caractère abstrait de cet acte.

Aussi les développements consacrés au droit italien puis au droit espagnol sont-ils écourtés. Ils ne serviront qu'à prouver l'application des doctrines déjà étudiées dans un champ nouveau.

I. — DROIT ITALIEN.

Les actes de gouvernement sont expressément prévus dans la loi italienne du 2 juin 1889. Cette loi autorise le recours pour excès de pouvoirs dans des conditions très semblables à notre recours, mais un article 24, § 2, restreint ainsi l'étendue du recours :

« Le recours n'est pas recevable s'il s'agit d'actes ou de mesures accomplis ou pris par le Gouvernement dans l'exercice du pouvoir politique. »

D'après les explications fournies par RANELLETTI (*Principes de droit administratif*, 1912) et le professeur LAUN dans son ouvrage *Das freie Ermessen und seine Grenzen*, les actes visés par cet article sont ces actes accomplis par le pouvoir exécutif qu'en

France on nomme actes de gouvernement. RANELLETTI avait adapté exactement la théorie française au système italien.

Le problème se présentant dans ces conditions d'identité absolue, il serait possible d'en arrêter ici le développement. Mais l'existence d'une loi prévoyant spécialement les actes de gouvernement est un argument pour les partisans des théories qui accordent un caractère différent aux actes de gouvernement et aux actes administratifs même discrétionnaires. Si les actes de gouvernement, disent-ils, échappaient à tout contrôle comme actes discrétionnaires la loi n'aurait pas prévu une catégorie spéciale pour les actes de gouvernement.

C'est peut-être supposer au pouvoir législatif des intentions juridiques bien profondes que de dire que les rédacteurs de la loi de 1889 ont pensé à la nature exacte des actes de gouvernement et aux différences qui les séparent des actes discrétionnaires. Sans critiquer particulièrement le pouvoir législatif, on peut dire que ses conceptions juridiques ne sont pas définitives et que les lois ne révèlent pas toujours une analyse exacte des institutions juridiques. Tel pourrait être le cas en notre matière. Il nous semble abusif d'affirmer le caractère distinct des actes de gouvernement et des actes discrétionnaires pour la seule raison que la loi italienne l'impose. Sans doute est-il logique que la doctrine italienne l'appuie, mais nous ne pouvons recueillir un tel argument pour valable en droit

comparé. Il ne reste donc de cela que le fait suivant : la loi italienne affirme qu'il existe des actes de gouvernement. Elle l'affirme mais s'arrête là, aucune définition ne nous est apportée et certains juristes ont renoncé à fixer les limites que la loi avait voulu créer (ORLANDO et SALANDRA cités au Rapport de M. LAUN, p. 36).

Mais les rapports entre le pouvoir discrétionnaire et les actes de gouvernement ne peuvent être niés en droit italien, même par ceux qui se refusent à assimiler les deux institutions. Ainsi RANELLETTI écrit : « Le caractère discrétionnaire est une propriété des actes de gouvernement inhérente à la nature politique ; il n'est ni le caractère essentiel, ni le fondement de leur nature particulière... On ne peut pas de toute façon confondre et identifier l'activité du Gouvernement et l'activité discrétionnaire » (cité par LAUN dans son rapport).

Cela ne nous apporte cependant aucun élément nouveau pour une définition de l'acte de gouvernement. Au contraire, le caractère incontestable du pouvoir discrétionnaire se retrouve en droit italien, nous dit le professeur LAUN qui dès 1910 dans son livre classique affirmait déjà les rapports en droit italien entre l'acte de gouvernement et les actes discrétionnaires.

II. — ESPAGNE.

De même qu'en Italie c'est la notion française de l'acte de gouvernement qui inspire la législation. Loi sur le contentieux du 13 septembre 1888, article 4 :

« Sont exclues de la compétence du Tribunal du contentieux administratif :

Les questions qui par la nature des actes dont elles procèdent ou par la matière qu'elles touchent se réfèrent au pouvoir discrétionnaire. »

Et le Règlement sur le contentieux du 29 décembre 1890 :

« Appartiennent en particulier au pouvoir discrétionnaire :

Les questions qui, par la nature des actes dont elles découlent ou la matière qu'elles touchent ressortissent à la puissance politique ou gouvernementale, ainsi que les dispositions de caractère général relatives à la santé publique et à l'hygiène, à l'ordre public, et à la défense du territoire, sans préjudice du droit à indemnité auquel ces dispositions peuvent donner lieu » (LAUN, *op. cit.*).

La comparaison de ces deux textes établit bien nettement qu'en Espagne l'acte de gouvernement n'est qu'un acte discrétionnaire. Il semble d'ailleurs qu'aucune limite n'ait été précisée entre eux car le professeur LAUN cite deux ouvrages, les *Lois*

et jurisprudence sur le contentieux administratif de RESENDO MACAYAY ANGUERA et le *Traité de Droit administratif* de POSADA où la confusion entre les actes discrétionnaires et les actes de gouvernement est manifestée par l'emploi de termes comme « acte de gouvernement discrétionnaire », « acte discrétionnaire et de gouvernement », « acte purement discrétionnaire du gouvernement », « acte de pur gouvernement », « actes de pur gouvernement et discrétionnaires ».

Sans vouloir distinguer entre ces actes, il en résulte évidemment qu'acte de gouvernement et acte discrétionnaire ne font qu'un. Cela fut rendu possible grâce au régime de liberté accordé au Gouvernement dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire. Ce serait donc une indication que, dans les pays où le pouvoir discrétionnaire est libre, il n'est pas besoin d'actes de gouvernement. Nous avons déjà ce caractère curieux de la législation des Etats allemands et du droit autrichien. C'est une indication des plus intéressantes et que nous reprendrons dans la conclusion.

Le droit espagnol moderne a d'ailleurs vu ces principes modifiés par le régime de la dictature. Le Gouvernement actuel a accordé certains délais pour se pourvoir contre les actes accomplis sous le régime dictatorial. La jurisprudence espagnole d'après M. le Doyen GASCON Y MARIN reconnaît comme actes de gouvernement :

1^o Les mesures prises par le pouvoir législatif ;

2^o Les mesures administratives « appartenant au domaine purement gouvernemental ».

La tendance actuelle serait d'étendre la compétence des tribunaux administratifs. Ce sont eux qui décident s'il y a acte de gouvernement ou non (*Annuaire de l'Institut de Droit public*, t. II, p. 390).

On voit que les principes de la jurisprudence espagnole ne sont pas encore définitivement fixés.

Conclusion

La partie comparative de notre étude aura établi définitivement les conclusions que le droit français permettait déjà de poser. Lorsque l'Etat va devant le juge, il exige toujours qu'un domaine incontrôlable soit laissé à son activité. Dans tous les pays où le pouvoir exécutif subit un contrôle juridictionnel, une certaine réserve est faite à l'Administration. Pouvoir discrétionnaire ou actes de gouvernement sont deux explications possibles de ce domaine réservé.

Pour nous, il ne fait plus aucun doute que le pouvoir discrétionnaire soit la seule représentation théorique exacte des faits. Il n'y a pas en droit d'actes de gouvernement et nous n'avons, en aucun pays, pu établir de critérium objectif de ces actes. Ils manifestent une préoccupation politique de sauvegarder de tout contrôle l'activité de l'Etat en d'importantes circonstances. Mais ils n'expriment qu'un fait et ne correspondent pas à une idée juridique précise.

Lorsqu'au contraire le pouvoir discrétionnaire est admis dans un système de contrôle juridictionnel

des actes de la puissance publique, nous avons pu constater que l'acte de gouvernement devient inutile et disparaît. Ce fut la preuve matérielle des rapports étroits entre ces deux systèmes et nous aurons dans cette conclusion à rechercher les preuves juridiques de ces liens.

Avant d'établir l'inexistence des actes de gouvernement comme catégorie spéciale d'actes du pouvoir exécutif et de pouvoir les ramener à la notion du pouvoir discrétionnaire, il sera donc nécessaire de montrer comment, en théorie, le pouvoir discrétionnaire pourrait être contrôlé, même s'il s'appliquait aux matières encore soumises à la théorie des actes de gouvernement.

Si nous avons entrepris ces recherches sur le pouvoir discrétionnaire qui ont pu sembler nous éloigner de notre sujet précis, c'est qu'elles vont nous permettre de fonder notre opinion sur l'existence théorique des actes de gouvernement.

Nous n'admettons pas qu'il puisse exister d'actes de gouvernement parce que la conception du pouvoir discrétionnaire nous paraît suffire pour satisfaire, d'une part aux légitimes exigences d'une administration qui veut rester libre, et d'autre part à la préoccupation de soumettre cette administration aux règles légales. Administrer librement mais légalement, voici le programme. Comment pourrions-nous le réaliser ?

Il nous faut oublier pour quelques instants les attitudes de notre Conseil d'Etat, d'une part sur le

pouvoir discrétionnaire, d'autre part sur les actes de gouvernement. Dans l'ordre purement logique, nous concevons fort bien que certains actes administratifs exigent une appréciation des faits, une réflexion plus délicates que d'autres. Sans qu'il soit nécessaire d'insister, on voit de toute évidence les degrés d'importance que peuvent présenter la nomination d'un garde-champêtre et le refus de la protection diplomatique à un Français à l'étranger. Que, par conséquent, il puisse exister parmi les actes administratifs des actes tellement importants que le contrôle du juge ne puisse pas s'y appliquer, telle devient la question théorique que nous posons.

Sans aucun doute, l'importance des actes administratifs ne peut entrer en ligne de compte. Le régime légal que nous connaissons aujourd'hui considère comme une de ses garanties les plus efficaces le contrôle des actes administratifs et leur annulation possible, s'ils sont contraires à la légalité, par le Conseil d'Etat. Mais ce que nous admettrions parfaitement, c'est que les tribunaux administratifs ne se superposent pas à l'administration en contrôlant l'opportunité des actes administratifs.

Et l'on voit immédiatement comment cette position sur la question du pouvoir discrétionnaire est à la base de la conception théorique des actes de gouvernement. L'une exclue l'autre en quelque sorte. Si en effet l'Administration était toujours libre d'apprécier l'opportunité sans craindre le contrôle du Conseil d'Etat, il ne serait jamais néces-

saire de rechercher la justification de l'incompétence du Conseil d'Etat en certaines matières délicates : les tribunaux administratifs n'étant jamais compétents pour discuter l'opportunité des actes de l'administration, les prétendus actes de gouvernement se verraient protégés, comme tous les autres actes, de l'intervention et du contrôle juridictionnels.

Le principe serait donc qu'il n'y a pas d'actes de gouvernement et que tous les actes administratifs sont soumis au contrôle juridictionnel. Et c'est seulement sur la nature de ce contrôle qu'on peut fonder une distinction de caractère vraiment juridique et qui permette de réaliser la légitime préoccupation d'administrer librement les services publics dans l'intérêt général du pays. Certains auteurs, tout en arrivant à cette conclusion de l'identité des actes de gouvernement avec les actes du pouvoir discrétionnaire, cherchent cependant à classer encore les actes de gouvernement à part, parmi les autres actes du pouvoir discrétionnaire. Ces tentatives ne nous paraissent pas vouées au succès. M. le professeur LAUN écrit ainsi (Rapport, p. 87) :

« Il s'agit sans doute d'une petite catégorie d'affaires qui sont pour l'Etat particulièrement importantes. Et cela ne dépend pas de l'importance du cas d'espèce considéré — car on retomberait alors dans la théorie longtemps dominante du mobile politique — mais de l'importance d'une

sorte d'actes pour les intérêts de l'Etat. Quels sont donc les intérêts d'Etat qui font d'une sorte d'actes des actes « importants » dans ce sens ? Evidemment l'intérêt que les actes de cette sorte ne soient pas soumis à une juridiction... »

Que le caractère d'importance des actes du pouvoir exécutif puisse en fait influencer sur le contrôle juridictionnel, nous ne le nierons pas. Mais il est dangereux de dire que certains actes constituent une catégorie plus importante que d'autres dans l'activité étatique. Comment pourra-t-on déterminer ce critérium d'importance ? Malgré l'effort de M. LAUN pour lui donner le caractère objectif en l'appliquant à une espèce d'actes et non pas à des actes isolés, c'est retourner en arrière et admettre que pour certains actes la raison d'Etat interdit tout contrôle. C'est « The King can do no wrong. »

Nous ne chercherons pas à maintenir les actes de gouvernement comme une catégorie à part et c'est à cela qu'on aboutirait en maintenant un critérium quelconque d'importance exceptionnelle de ces actes. Il faut établir que le pouvoir discrétionnaire logiquement contrôlé permet d'éliminer les actes de gouvernement en les englobant. En d'autres termes nous allons étudier si le pouvoir discrétionnaire et son contrôle par les tribunaux administratifs appliqué aux prétendus actes de gouvernement ne réaliseraient pas une situation satisfaisante en pratique en même temps que la vérité juridique.

L'exposé des systèmes étrangers a pu convaincre d'une division essentielle de tout contrôle juridictionnel en deux éléments ; il y a toujours un contrôle de la légalité et un contrôle de l'opportunité. Ce sont là les deux attitudes possibles pour le juge et ce serait se condamner à ne jamais résoudre notre problème que de ne pas réaliser en premier lieu cette distinction essentielle.

Le principe est le contrôle de la légalité. Il n'entre pas dans la fonction juridictionnelle de contrôler l'opportunité des actes du pouvoir exécutif. Lorsque ce sont des juges qui apprécient l'opportunité des actes, cela équivaut à un certain empiètement sur l'Administration. A la fin de notre première partie nous admettions que le pouvoir discrétionnaire consistait justement dans la liberté pour l'Administration d'apprécier les faits, de faire son choix entre les solutions possibles, de s'abstenir ou de décider. Non seulement en droit français, mais en droit comparé, il apparaît qu'un contrôle du pouvoir discrétionnaire ne correspond pas à la nature juridique de ce pouvoir. Cependant ce contrôle existe. Pour éclaircir cette question, le moyen le plus simple est de prendre successivement les hypothèses de contrôle de légalité et de contrôle de l'opportunité des actes du pouvoir exécutif.

•

* * *

Les hypothèses de contrôle de légalité ne peuvent

comprendre que des violations de la loi : ce sont l'incompétence et le vice de forme, la violation de la loi au fond et le détournement de pouvoir. Ce sont là les quatre hypothèses classiques du recours pour excès de pouvoir, mais nous verrons à la fin de ce chapitre si cette classification n'est pas fortement menacée par la jurisprudence du Conseil d'Etat sur le pouvoir discrétionnaire.

Il n'est pas nécessaire d'insister sur le contrôle de la compétence et des vices de forme dans les actes du pouvoir exécutif. Quel que soit l'acte, il faut toujours que l'auteur ait eu la compétence légale de le faire. Le pouvoir discrétionnaire de l'Administration n'étant pas un pouvoir arbitraire, il faut toujours que l'acte émane d'une autorité compétente. L'incompétence dans l'usage du pouvoir discrétionnaire entraîne l'annulation de l'acte par les tribunaux administratifs, en France par le Conseil d'Etat (cf. chapitre final de la I^{re} Partie).

Les vices de forme entraînent de même la nullité de tous les actes du pouvoir exécutif. Lorsque la loi a prévu l'emploi de certaines formes pour des actes administratifs, l'omission de ces formes entraîne toujours l'annulation. Ces actes sont nuls, parce que les garanties légales n'ont pas été observées.

La violation de la loi est la méconnaissance, dans un acte administratif, des principes posés par l'ensemble des dispositions générales obligatoires pour l'Administration. Il y a donc violation de la

loi, lorsqu'il y a contradiction de la loi, fausse application (erreur de droit) ou défaut de base légale dans un acte du pouvoir exécutif.

Le détournement de pouvoir consiste à exercer le pouvoir dans un but autre que celui en vue duquel il est établi. C'est donc en réalité une violation de l'esprit de la loi. Les deux derniers cas d'ouverture du recours pour excès de pouvoir s'opposent donc clairement à l'incompétence et aux vices de forme ; ceux-ci ne sont que des illégalités formelles, les autres sont des illégalités matérielles.

C'est dans le contrôle du détournement de pouvoir que réside la difficulté, car c'est de ce contrôle que naissent les actes de gouvernement. Au lieu de s'en tenir à un contrôle de légalité, le Conseil d'Etat aboutit par le moyen du détournement de pouvoir à réaliser un contrôle de l'opportunité.

Nous avons établi (cf. chapitre IX) que le Conseil d'Etat admettait un certain contrôle de l'opportunité. Le détournement de pouvoir est le contrôle des motifs auxquels a obéi l'auteur de l'acte critiqué. C'est de là que le Conseil d'Etat en est arrivé à contrôler le pouvoir discrétionnaire (cf. GOLDENBERG, thèse : l'administration des juges.)

Ce contrôle de l'opportunité par le Conseil d'Etat et en général par les tribunaux administratifs, est la seule cause de la survivance de la raison d'Etat dans les actes de gouvernement. Les tribunaux se transformant en supérieurs hiérarchiques de l'Ad-

ministration ont de plus en plus limité l'exercice du pouvoir discrétionnaire. Il se produit ainsi un curieux rapprochement entre l'Administration et les tribunaux, avec une tendance à créer un contrôle absolu des juges sur tous les actes de l'Administration non seulement de la légalité mais de l'opportunité.

Si le contrôle de l'opportunité des actes, tel que nous l'avons exposé dans la première partie échappait au juge, il resterait à l'Administration le domaine réservé qu'elle réclame pour assurer la défense de l'Etat (arrêt Le Roy d'Etiolles). Et nous allons établir qu'avec une telle limitation du contrôle juridictionnel, il ne pourrait plus être question d'actes de gouvernement.

* * *

Les actes de gouvernement ne sont pas incontrôlables parce que ce sont des actes de nature spéciale. Cette étude a vainement recherché le caractère spécial de tels actes. Ce sont simplement des actes administratifs d'intérêt primordial pour l'Etat et qu'on désire voir échapper au contrôle du Conseil d'Etat. Mais une partie au moins de ce contrôle ne gênerait en rien l'Administration ; c'est le contrôle de légalité, l'incompétence et les vices de formes. Ce qui semble inadmissible à l'Administration, c'est le contrôle de l'opportunité, assuré par le Conseil d'Etat. Les intérêts supérieurs de

l'Etat ne peuvent être appréciés par les juges, et on a craint que les juges ne soient pas compétents pour apprécier les rapports diplomatiques avec l'esprit nécessaire. L'acte de gouvernement repose uniquement dans le mobile politique et le Conseil d'Etat contrôle les motifs. Cela seul explique la persistance des actes de gouvernement.

Tant que le Conseil d'Etat assurera le contrôle des motifs, les actes de gouvernement survivront. Si, au contraire, le pouvoir discrétionnaire ne subit plus qu'un contrôle de légalité, les actes de gouvernement ne constitueront plus de catégorie à part (cf. LAUN, *op. cit.*, et notre chapitre IV, II^e Partie).

Par nature, en effet, les actes de gouvernement sont des actes du pouvoir discrétionnaire. Si l'on met à part les actes en matière constitutionnelle (rapports du Parlement et du pouvoir exécutif, droit de grâce) qui s'expliquent autrement, les actes de gouvernement subsistant dans notre droit pour les rapports diplomatiques ne sont que des actes administratifs ordinaires. Leur objet, pour être plus délicat, n'est pas différent de celui des autres services publics, réserve faite de ce que nous avons dit au chapitre VII. Que reste-t-il donc de la théorie des actes de gouvernement? Après élimination de tous les actes qu'on y comprend à tort, nous n'avons pu critiquer qu'une sorte d'actes : les actes d'exécution des accords internationaux. Le champ d'application véritable de la théorie des actes de gouvernement est donc des plus restreints. Mais la tra-

dition est trop forte pour qu'on puisse éliminer les actes de gouvernement de notre droit par une révolution jurisprudentielle. C'est de façon indirecte seulement que les progrès se feront.

Nous avons vu que certains actes manifestaient des préoccupations de légitime défense de l'Etat (cf. chapitre VII supra). C'est là un motif aussi grave que les rapports diplomatiques du Gouvernement. Cependant ces actes restent soumis à un contrôle du juge ; il examine la légalité de ces décisions. On ne voit aucune différence entre ces actes de légitime défense et les actes de gouvernement. Ils manifestent une préoccupation d'ordre élevé mais cela ne suffit pas pour en faire des catégories à part. Il est beaucoup plus exact de dire que ces actes manifestent le pouvoir discrétionnaire de l'Administration d'assurer la sécurité de l'Etat ou les rapports avec l'étranger par une libre appréciation de l'opportunité.

Par assimilation aux actes de légitime défense, on pourrait dire que les actes de gouvernement subiraient le contrôle de légalité et que l'opportunité échapperait toujours au Conseil d'Etat. C'est la solution logique mais elle exige la séparation préalable du pouvoir lié et du pouvoir discrétionnaire que n'a pas encore faite définitivement le Conseil d'Etat.

Lorsque les progrès à venir de la jurisprudence du Conseil d'Etat auront séparé ces deux caractères de l'action administrative, alors pour-

ront disparaître les derniers actes de gouvernement.

*
* *
*

Mais à la fin de notre étude, nous croyons devoir faire une dernière remarque quant à la disparition possible de la seule catégorie d'actes de gouvernement que nous ayons admis en définitive : les actes touchant à certains rapports internationaux.

La jurisprudence du Conseil d'Etat s'explique actuellement fort bien, avons-nous dit, parce que les simples particuliers n'ont pas d'intérêt à invoquer contre les Etats en certaines matières. De même dans tous les systèmes juridiques étudiés, nous avons retrouvé des actes de caractère international que les particuliers ne peuvent discuter. Même dans les pays anglo-saxons, il subsiste des « Acts of State » et des « political questions » qui manifestent le pouvoir de l'Etat de s'affranchir entièrement du contrôle des individus dans ses rapports internationaux (conduite de la guerre, rapports diplomatiques, etc..., cf. II^e Partie).

Cette jurisprudence universelle semble révéler simplement une certaine conception du droit international. On tend à considérer le droit international comme définissant uniquement les rapports entre Etats. Ceux-ci sont les seuls sujets du droit international et les individus ne sont touchés par les règles de ce droit que si les Etats les leur appliquent en les insérant dans leurs législations particulières.

On peut donc dire que les individus restent toujours étrangers au droit international. Le droit des Etats se trouverait placé au-dessus des rapports privés et sans communication possible avec les simples particuliers.

On conçoit immédiatement comment cette idée peut expliquer le refus de toutes les juridictions internes d'apprécier les recours formés par des individus qui ne pouvaient invoquer que des règles de droit international. Ce droit ne peut leur être appliqué, les tribunaux nationaux rejettent tous ces recours.

Il y a donc à la base, l'idée de souveraineté absolue de l'Etat en droit international. Cette souveraineté implique pour les Etats le droit de conduire librement leurs rapports sans que les sujets puissent discuter et intenter des recours juridictionnels contre leurs décisions. Le domaine des relations internationales serait inaccessible par nature aux individus.

Mais cette doctrine n'est plus admise unanimement. Une vive réaction a entraîné de nombreux auteurs vers une conception moins autoritaire des relations internationales. Il existe une vie internationale des individus qui n'est pas satisfaite uniquement par l'entremise des Etats. Les écrits de WESTLAKE, KAUFMANN, entre autres (cf. N. POLITIS : *le problème des limitations de la souveraineté*. Cours de La Haye, t. VI) établissent que le droit international définit aussi bien les droits et les

devoirs internationaux des individus et la possibilité pour ceux-ci d'invoquer ces droits contre les Etats.

Il faut donc admettre que les individus puissent faire reconnaître les droits qui découlent pour eux d'un traité, par exemple. Ce qui gêne encore la réalisation de ces idées, c'est l'impossibilité pour les individus d'accéder aux juridictions internationales (cf. N. POLITIS, *op. cit.*). Mais le mouvement doctrinal est trop fort pour ne pas entraîner bientôt des réalisations pratiques. L'avenir établira donc la position de l'individu comme sujet de droit international, jouissant de droits et pouvant les faire reconnaître par une juridiction.

C'est à ce moment que disparaîtra le dernier argument en faveur des actes de gouvernement. On ne pourra plus dire que l'individu est sans intérêt et sans action en matière de rapports internationaux. Les recours juridictionnels lui permettront de faire reconnaître les droits que la conception moderne du droit international tend à lui faire acquérir.

Cette idée de l'influence du droit international sur les individus manifeste les progrès incessants de la défense des sujets contre la souveraineté de l'Etat. C'est tout d'abord à l'intérieur de l'Etat qu'on reconnaît aux individus le droit de défendre eux-mêmes leurs intérêts légitimes. Mais les relations internationales développées, et l'idée d'une communauté des nations exigent une conception plus

large de l'ordre juridique international. L'individu se place au premier plan et les règles de conduite que fixe le droit international vont s'appliquer directement à lui. Ce sera un droit nouveau, le droit des individus et non plus le droit des Etats, dernière étape de l'évolution des formes sociales depuis la souveraineté absolue de l'Etat jusqu'à la liberté des relations universelles.

Vu : Le Président de la thèse,
H. BERTHÉLEMY.

Vu : le Doyen,
BERTHÉLEMY.

Vu et permis d'imprimer :
Le Recteur de l'Académie de Paris,
S. CHARLÉTY.

Table des Matières

	Pages
INTRODUCTION.....	1
La théorie des actes de gouvernement, survivance de la raison d'Etat.	
Rapports de cette théorie avec l'annulation pour excès de pouvoir et avec la responsabilité de la puissance publique.	
Liste des actes de gouvernement,	

PREMIÈRE PARTIE

Les actes de gouvernement en France.

CHAPITRE I. — <i>Développement historique de la théorie des actes de gouvernement</i>	9
Le Conseil d'Etat sous la Restauration. Législation et jurisprudence : les premiers arrêts sur les actes de gouvernement.	
La théorie du mobile politique : son développement et son abandon en 1875.	
CHAPITRE II. — <i>Les actes de gouvernement et les principes juridiques anciens</i>	24
La justice retenue et la justice déléguée ; rapports avec les actes de gouvernement.	
L'article 26 de la loi du 24 mai 1872 : discussion.	
La tradition de l'Ancien Régime. — Importance de l'idée de mobile politique.	

CHAPITRE III. — <i>Les rapports du pouvoir exécutif et des Chambres</i>	38
L'arrêt Prévost. — L'arrêt Parquet.	
L'arrêt Maître.	
L'arrêt Dame Marguerite Durand.	
Le caractère des actes du Président de la République dans ces arrêts.	
Théorie de M. Duguit.	
Le Conseil d'Etat ne doit pas se charger d'un contrôle constitutionnel.	
CHAPITRE IV. — <i>Le droit de grâce</i>	64
L'affaire Gugel.	
Le décret de grâce n'est pas un acte juridictionnel.	
Opinion de M. le Doyen Duguit. De M. G. Jèze.	
Théorie de M. Joseph-Barthélemy. Réfutation.	
Le décret de grâce, acte administratif. M. Hauriou.	
L'arrêt de Condinguy. — Position du Conseil d'Etat.	
Le décret de grâce est-il un acte de gouvernement ?	
Le Président de la République, organe politique.	
Le décret de grâce n'est pas, par nature, exclusif des recours contentieux.	
C'est une mesure d'ordre social général et une prérogative personnelle du chef de l'Etat. — Les textes législatifs. — La tradition.	
Conclusion. — Le Président de la République est-il qualifié en théorie pour user du droit de grâce ?	
Raisons d'intérêt moral et politique.	
CHAPITRE V. — <i>L'état de siège</i>	81
L'état de siège est un régime légal.	
L'arrêt Pelletier : la jurisprudence du Conseil d'Etat.	
Les arrêts récents. Delmotte, Senmartin et autres.	
Il n'y a donc pas ici d'actes de gouvernement.	
Etendue des pouvoirs sous le régime d'état de siège devant le Conseil d'Etat.	
Solution identique de la Cour de cassation.	
CHAPITRE VI. — <i>Théorie des pouvoirs de guerre</i>	103
I. Pouvoirs de police vis-à-vis des Français :	
Arrêt Heyriès. — Syndicat de la boulangerie. — Cotte.	

Commentaire : ce ne sont pas des actes de gouvernement. Les pouvoirs de guerre.

II. Pouvoirs de police envers les étrangers :

Les sujets ennemis. Pouvoirs de l'Etat à leur rencontre
Sujets neutres ou alliés. — Arrêt du Graty. — Les
actes de gouvernement.

L'arrêt du Graty n'est pas une décision de principe
mais une solution d'espèce.

Deux motifs sont contrôlés : la défense nationale et
les circonstances exceptionnelles.

Conclusion : la théorie des pouvoirs de guerre et
l'acte de gouvernement ; différences essentielles.

CHAPITRE VII. — *Les rapports internationaux et les actes diplomatiques* 129

I. Définition de l'action diplomatique :

Mesures d'expulsion et internement. — Saisie de
navires. Théorie des pouvoirs de guerre. — Justifi-
cation par le droit international.

Les actes des services diplomatiques : distinction,
l'arrêt Rouzier.

L'arrêt Couitéas : légitime défense de l'Etat.

Solutions de l'avenir : responsabilité du risque.

Distinction entre l'action diplomatique véritable et les
actes administratifs ordinaires des services diplo-
matiques.

II. Résultats de l'action diplomatique :

Les traités. Explication de l'incompétence du Conseil
d'Etat.

Les mandats internationaux.

Application et interprétation des traités.

Aspect théorique du problème : nature juridique des
traités.

Mesures d'exécution des traités ; la solution du Conseil
d'Etat. — Critique.

CHAPITRE VIII. — *Les mesures de police sanitaire*. 188

Théorie de Laferrière. — La jurisprudence ancienne.

Ce ne sont pas des actes de gouvernement. —
Teissier.

CHAPITRE IX. — *Conclusions sur les actes de gouvernement.* 198

Distinction entre gouverner et administrer.

Réfutation par M. le Doyen Berthélemy de cette distinction.

Recherches sur la nature des actes de gouvernement.

Séparer annulation et réparation.

I. L'annulation.

Définition du pouvoir discrétionnaire.

Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire.

Le Conseil d'Etat, supérieur hiérarchique; l'idée d'intérêt de la collectivité, moyen de contrôle du but poursuivi.

Contrôle de l'opportunité et appréciation des faits : distinction nécessaire.

Existence des actes de gouvernement et rapports avec le pouvoir discrétionnaire.

Les progrès possibles de la jurisprudence du Conseil d'Etat.

II. Réparation :

Les principes de notre système de responsabilité de la puissance publique. — La faute de service. — Le risque.

Application de ces principes aux actes de gouvernement.

Nécessité d'une faute du service public. — Distinction et hiérarchie des fautes selon M. Appleton.

Le risque et l'arrêt Couitéas.

La distinction possible entre les actes de gouvernement du point de vue de la réparation.

DEUXIÈME PARTIE

Droit comparé.

INTRODUCTION 245

CHAPITRE I. — *Généralités sur le droit public allemand...* 249

L'exclusion de tout contrôle du pouvoir discrétionnaire dans la législation des Etats.

Système un peu différent du Reich et de la Prusse :
compétence restreinte aux questions de droit.

CHAPITRE II. — <i>Compétence des juridictions allemandes pour le contrôle indirect des actes de gouvernement</i>	254
Contrôle des règlements.	
Actions en responsabilité contre l'Etat.	

CHAPITRE III. — <i>Les actes de gouvernement dans la jurisprudence</i>	259
Tribunal suprême de Leipzig. — Haute Cour constitutionnelle.	
Mesures d'état de siège. — Ordonnances de nécessité.	
Conclusion : les différences avec le droit français.	
Tendance à admettre un contrôle de légalité des actes de gouvernement.	

CHAPITRE IV. — <i>Le droit autrichien</i>	268
Le système d'incontrôlabilité du pouvoir discrétionnaire.	
La théorie des actes de gouvernement devient inutile.	

CHAPITRE V. — <i>Le système juridique anglais</i>	273
Le système britannique.	
I. La responsabilité de l'Etat : manque de personnes morales.	
La Couronne : « corporations » et « trusts ».	
Explication de l'irresponsabilité de l'Etat.	
II. Les règles de compétence.	
L'immunité juridictionnelle de la Couronne.	

CHAPITRE VI. — <i>Appréciation du système britannique</i>	288
Les pouvoirs discrétionnaires échappent à tout contrôle.	
Le prétendu libéralisme invoqué par Dicey.	
Réforme australienne. Projets déposés.	

CHAPITRE VII. — <i>Le contrôle des actes administratifs par les tribunaux</i>	296
Comparaison avec le recours pour excès de pouvoir.	
Attitude des juges devant les actes administratifs.	

Le pouvoir discrétionnaire * du district Auditor ;
absence de contrôle des juges.
Il n'existe donc pas de contrôle juridictionnel véritable.

CHAPITRE VIII. — *L'administration et ses fonctions judiciaires*..... 302

Développement du rôle juridictionnel de l'Administration.

Tribunaux spéciaux.

Pouvoirs juridictionnels de l'Administration.

Absence de contrôle en appel des juges.

CHAPITRE IX. — *Les tendances nouvelles du droit anglais*
Conclusion 310

Le droit anglais s'orienté-t-il vers un droit administratif.

Comparaison avec le système français antérieur à 1872.

Création douteuse d'un tribunal d'appel des administrateurs-juges.

Conclusion. — La prétendue théorie des « Acts of State » en droit anglais.

La place qu'il faut lui faire dans le système général.

Comparaison avec les actes de gouvernement.

CHAPITRE X. — *Le droit américain* 322

Les principes généraux : l'irresponsabilité de l'Etat.

La Court of Claims. — Tendance à organiser un régime légal de responsabilité.

Comparaison avec le droit anglais.

Responsabilité personnelle des fonctionnaires.

Distinction entre le pouvoir discrétionnaire et le pouvoir lié.

Suppression de tout contrôle sur le pouvoir discrétionnaire.

CHAPITRE XI. — « *The doctrine of political questions* ».... 339

Rapprochement avec le droit allemand. — Définition de cette théorie.

Sa naissance dans le cas *Marbury v. Madison*. — Opinion du juge Marshall.

Enumération des « political questions » : — Actes de souveraineté.

Etat de guerre. — Questions diplomatiques. — Questions politiques diverses.

Comparaison avec le droit français.

Conclusion. — Survivance curieuse dans les pays anglo-saxons d'une prérogative arbitraire, malgré le régime général protecteur des actes administratifs lorsqu'il existe un pouvoir discrétionnaire.

CHAPITRE XII. — *Les systèmes italien et espagno*..... 354

I. La loi italienne et l'existence des actes de gouvernement.

II. Lois et jurisprudence espagnoles.

CONCLUSION. 361

TABLE DES MATIÈRES 377

BIBLIOGRAPHIE 385

Bibliographie

A. — PARTIE GÉNÉRALE

- Alexeef.* — L'Etat, le droit et le pouvoir discrétionnaire (Revue internationale de la théorie du droit, 1928-1929).
- Alibert.* — Le contrôle juridictionnel de l'Administration au moyen du recours pour excès de pouvoir, 1926.
- Appleton.* — Traité de Contentieux administratif. Dalloz, 1927.
- Aucoc.* — Conférences sur l'administration et le droit administratif, 3^e édit., t. I.
- Béquet.* — Répertoire du droit administratif, t. 8 et 23. Contentieux administratif et responsabilité.
- Berthélemy.* — Traité de droit administratif, 12^e édit., 1930.
- Bonnard.* — Précis élémentaire de droit administratif.
— La responsabilité des personnes publiques et de leurs agents. Etude de droit public étranger, 1914.
- Bosc.* — La théorie des pouvoirs de guerre (R. D. P., 1926).
- Brémond.* — Des actes du gouvernement (Revue critique, 1888, p. 561, 1891, p. 133 et 1893, p. 321 ; Revue du Droit public, 1896, t. I, p. 23-37).
- Chailley.* — Nature juridique des traités. Thèse 1932.
- Dalloz.* — Répertoire pratique de législation et de jurisprudence.
- Dareste (Pierre).* — Les voies de recours contre les actes de la puissance publique, 1914.
- Dareste (F. R. et P.).* — Les constitutions modernes, 4^e édition, par Jos. Delpech et Julien Laferrière, 1932.
- Dareste.* — Etude sur la juridiction administrative dans les divers Etats (Bulletin de législation comparée, 1873).

- Duez.* — La responsabilité de la puissance publique (Dalloz, 1927).
- Rapport à l'Institut international de Droit public, 1930.
- Dufour.* — Traité général de droit administratif appliqué, 3^e édit., t. V.
- Duguit.* — Traité de droit constitutionnel, 2^e édit. en 5 vol., 1921-1925.
- Les fonctions de l'Etat moderne (Revue internationale de Sociologie, 1894).
- Les transformations générales du droit public, 1913.
- De la responsabilité pouvant naître à l'occasion de la loi (R. D. P., 1910, p. 637.)
- Duguit et Monnier (Henry).* — Constitutions et lois politiques de la France depuis 1789, 5^e édit., 1932.
- Esmein et Nèzard.* — Droit constitutionnel français et comparé, 2 volumes, 1927-1928.
- Esmein.* — Le droit comparé et l'enseignement du droit (Congrès international de droit comparé, 1900).
- Fauchille.* — Manuel élémentaire de droit international public, 4 volumes.
- Gobron.* — Le droit de grâce. Thèse.
- Goldenberg.* — L'administration des juges. Thèse 1932.
- Gouraincourt.* — Le droit de grâce. Thèse.
- Graux.* — Les congrégations religieuses devant la loi, 1881 et Revue libérale, février 1883.
- Hauriou.* — Précis de droit constitutionnel, 1929.
- Précis de droit administratif, 11^e édition, 1927, 2 vol.
- Recueil de notes, 1929, 3 vol.
- Jacquelin.* — Les principes dominants du contentieux administratif, 1899.
- Une conception d'ensemble du droit administratif, 1899.
- Jèze.* — Les principes généraux de droit administratif, 3^e édit., 1926.
- Cours de droit public, 1924.
- Revue de droit public (1915, 1916, 1919, 1920, 1924 spécialement).
- Joseph-Barthélémy et Duez.* — Traité élémentaire de droit constitutionnel, 1926.

- Joseph-Barthélémy.* — Démocratie et politique étrangère, 1917
et conférences Conciliation internat. Paris, 1930.
- Revue du droit public (1915), p. 134-310 et 545.
- Le droit de grâce dans R. D. P., 1909.
- Le droit public en temps de guerre. Paris, 1915-1916.
- Labbé.* — Note au Sirey, 1876.11.297.
- Lambert (E.).* — Le gouvernement des juges, 1921.
- Lambert (J.).* — Histoire constitutionnelle des U. S. A., 1931.
- Laferrière.* — La juridiction administrative, 2^e édit., t. II.
- Lecourtois.* — Les actes du gouvernement. Thèse 1899.
- Le Poittevin.* — Note au Sirey, 1908.1.31.
- Lévy (Emmanuel).* — La vision socialiste du droit, 1929.
- Lonné.* — Des actes de gouvernement. Thèse 1898.
- Macarel.* — Recueil des arrêts du Conseil d'Etat, fondé en
1821.
Les arrêts du Conseil d'Etat sont cités avec l'indica-
tion de la page du Recueil de l'année correspon-
dante.
- Michoud.* — Des actes de gouvernement. (Annales de l'Ensei-
gnement supérieur de Grenoble, t. I, p. 16).
- De la responsabilité de l'Etat à raison de la faute de ses
agents (R. D. P., 1895, t. IV, p. 255).
- Traité de la personnalité morale, 1932.
- Politis (N.).* — Le Problème des limitations de la souveraineté
(Cours de l'Académie de droit international à La
Haye, t. VI).
- Les nouvelles tendances du droit international, 1927.
- Rolland.* — Précis de droit administratif (Dalloz, 1930).
- Roux-Dessarps.* — Thèse, Paris, 1898.
- Rullau.* — Le droit de grâce. Thèse, 1911.
- Sermet.* — Le droit de grâce. Thèse.
- Teissier.* — Responsabilité de la puissance publique (Béquet,
t. 23).
- Trotabas.* — Les actes de gouvernement (Revue critique de
législation, 1925).
- Van Rees.* — Les mandats internationaux.
- Welter.* — Le contrôle juridictionnel de la moralité adminis-
trative. Thèse, Nancy, 1929.

B. — BIBLIOGRAPHIE DE DROIT COMPARÉ

I. — DROIT ALLEMAND.

- Bluntschli.* — Le droit public général, 1881.
— Théorie générale de l'Etat, 1881.
Hatschek. — Lehrbuch des deutschen und preussisches Verwaltungsrechts, 1927.
Herrnritt. — Österreichs Verwaltungsrecht. Tübingen, 1925.
Jellinek (Georg). — L'Etat moderne et son droit. Paris, 1911-1913.
Jellinek. — Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer, 1930.
Laun. — Das freie Ermessen und seine Grenzen. Vienne, 1910.
— Kategorische und disjunktive Normen, in Archiv des öffentlichen Rechts, 1915.
— Zum problem des freien Ermessens. Festschrift Zitelmann, 1913.
— Antonomia del diritto (Studi di diritto pubblico). Padova, 1931, vol. 2.
— Rapport à l'Institut international de droit public, 1930.
Leibholz (G.). — Zeitschrift für Ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht.
Mayer (Otto). — Le droit administratif allemand, traduction française, 1906, préface de M. le Doyen Berthélemy.
Scheuner. — Die Regierung (untersuchungen über Politik. Gewaltenteilung und Verfassungsrecht). Berlin, 1930.
Smend. — Rapport à l'Institut international de droit public, 1930.
Tezner. — Das freie Ermessen der Verwaltungsbehörden, 1924.

II. — DROIT ANGLO-SAXON.

- Allen (C. K.).* — Bureaucracy triumphant (Quarterly Review 1923).
— Bureaucracy again (même revue, 1925).
Anderson (Sir John). — Bureaucracy (Public administration. 1929).

- Borchard (E. M.).* — Liability of the State in *Journal of the Comparative legislation and international law*, February, 1930.
- Clark.* — The district auditor.
- Cooper.* — The limitations of the judicial functions of public authorities (*Public administration*, 1929).
- Dicey.* — Introduction to the study of the law of the constitution.
— The development of administrative law in England (*Law Quarterly Review*, 1915).
- Freund.* — Cases on administrative law selected from decisions of English and American Courts, 1911.
— Administrative powers over persons and property. Chicago, 1928.
- Garner.* — Political science and government. New-York, 1928.
- Gibbon.* — The appellate jurisdiction of government departments (*Public administration*, 1929).
- Goodnow.* — Comparative administrative law, 2 vol., 1897.
— Les principes du droit administratif des U. S. A., traduction française par M. Jèze, 1907.
- Halsbury (Earl of).* — The Laws of England, 2^e édit., 1931.
- Hewart (Gordon).* — The new despotism.
- Jenks (Ed.).* — The book of English Law, 1928.
— Essai sur le gouvernement local en Angleterre, préface de M. le Doyen Berthélemy, 1902.
- Laski (H. J.).* — The growth of administrative discretion (*Journal of Public administration*, 1923).
- Maitland.* — Collected papers, vol. I, III, 1921.
- Mechem.* — A treatise on the law of public offices and officers
- Moore.* — Acts of State, 1906.
- Morgan.* — Introductory chapter on « Remedies against the Crown » to Robinson « Public authorities and legal liability. »
- Pollock (Sir Frederic).* — Essays on the law, 1922.
- Port (F. J.).* — Administrative law, 1930.
- Robinson (Gleason E.).* — Public authorities and legal liability, 1925.
- Robson (W. A.).* — Justice and administrative law, 1928.
— A charge of despotism (*Contemporary Review*, 1930).

Smellie (K. B.). — Some aspects of English administrative law
(Public administration, 1927).

Stephen. — History of criminal law, t. II, p. 61-64.

— Commentaries on the Laws of England, 1928, 4 vol.

Willoughby (M. W.). — The Constitutionnal Law of the U. S. A.
2^e édit., t. III, 1929.

— Government and Administration of the U. S. A., in
John Hopkins University Studies, IX, I.

1782. — Imp. Jouve et Cie, 15, rue Racine, Paris. — 5-32.
